

Tonaufnahmen als Mittel zur Aufdeckung von Straftaten insbesondere im Kanton St. Gallen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
LEO STAUB
von Gossau SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Jörg Rehberg

1906

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Tonaufnahmen als Mittel zur Aufdeckung von Straftaten insbesondere im Kanton St. Gallen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
LEO STAUB
von Gossau SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Jörg Rehberg

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 4. Dezember 1985

Der Dekan:
Prof. Dr. Kurt Bauknecht

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG,
Zürich erschienen als Band 66 der Reihe
Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Für meine Eltern
und Iris

Vorwort

Ohne die tatkräftige Unterstützung anderer wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Familie, Freunde und Arbeitskollegen haben mir sehr geholfen, die Doppelbelastung durch Beruf und Studium zu bewältigen.

Hervorheben möchte ich besonders folgende Personen: Herr Prof. Dr. Jörg Rehberg hat von Anfang an grosses Interesse an meiner Arbeit bekundet und mich bei deren Abfassung mit vielen wertvollen Anregungen begleitet. Das gleiche gilt für Herrn lic. iur. G. Morger, Präsident der Anklagekammer und des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen. Er hat sich in ausserordentlichem Masse und mit hoher fachlicher Kompetenz für das Gelingen der Arbeit eingesetzt und sie durch seine vorbildliche, dem Rechtsstaat verpflichteten Berufsauffassung entscheidend geprägt. Herr lic. iur. L. Lorenzi, Kantonsrichter, schliesslich hat in vielen Diskussionen massgeblich dazu beigetragen, Lösungen für auftauchende Probleme zu entwickeln und sie kritisch zu beleuchten. Besonderer Dank gilt aber auch meiner Frau Iris und meinem Vater: Beide haben sehr viel Zeit und Mühe aufgewendet und mir einen grossen Teil der anfallenden Abschlussarbeiten abgenommen.

Herzlichen Dank!

Gossau/Goldach, im Sommer 1985

Der Verfasser

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
Abkürzungen	XV
Literatur	XVIII
Einleitung	1
1. Teil: Herstellung von Tonaufnahmen	3
1. Kapitel: Uebersicht über die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen	3
1. Abschnitt: Das Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereiches vom 20. September 1968	4
2. Abschnitt: Das Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimosphäre vom 23. März 1979	8
3. Abschnitt: Das III. Nachtragsgesetz zum St. Galler Gesetz über die Strafrechtspflege vom 17. Juni 1982	15
2. Kapitel: Rechtmässig hergestellte Tonaufnahmen	18
1. Abschnitt: Herstellung von Tonaufnahmen im Rahmen von Art. 32 StGB	20
A. Ueberwachung gemäss Art. 114 ff. StP	22
I. Ueberblick über die Praxis seit 1979	22
II. Materielle Voraussetzungen der Ueberwachung	31
1. Ueberwachungsfälle	31
a) Ueberwachung bei Verbrechen und Vergehen	31
aa) Proportionalität der Ueberwachung	33
aaa) Eignung	33
bbb) Erforderlichkeit	35
aaaa) Sachliche Begrenzung	36
bbbb) Räumliche Begrenzung	39

	<u>Seite</u>
cccc) Zeitliche Begrenzung	39
dddd) Persönliche Begrenzung	40
bb) Subsidiarität der Ueberwachung	41
b) Ueberwachung bei Uebertretungen	45
aa) Missbrauch des Telefons	45
bb) Grundsatz der Verhältnismässigkeit	48
2. Objekte der Ueberwachung	50
a) Ueberwachung von Angeschuldigten oder Verdächtigen	50
aa) Begriffliches	50
bb) Voraussetzungen	51
b) Ueberwachung von Drittpersonen	53
aa) Regel	54
bb) Ausnahme: Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 69 StP	57
aaa) Allgemeines	57
bbb) Voraussetzungen im besonderen	58
III. Formelle Voraussetzungen der Ueberwachung	61
1. Allgemeines	61
a) Organe	61
aa) Untersuchungsrichter	62
bb) Präsident der Anklagekammer	62
cc) Staatsanwalt	63
dd) Anklagekammer	65
b) Interkantonale Zuständigkeit	66
aa) Einverständnis der ausserkantonalen Behörde	67
bb) Arten der Rechtshilfe	69
aaa) Rechtshilfe gemäss Art. 352 StGB	70
bbb) Rechtshilfe gemäss Art. 355 StGB	72

	<u>Seite</u>
ccc) Anwendbares Recht	75
c) Delegation von Bundesstraf- sachen	75
2. Verfahren bei Anordnung der Ueberwachung	77
a) Gesuch um Genehmigung der Ueberwachung	77
aa) Verfügung des Untersuchungs- richters	77
bb) Frist zur Einreichung des Gesuches	80
cc) Gültigkeitsdauer der Ver- fügung	83
b) Entscheid über Genehmigung der Ueberwachung	85
aa) Verfügung des Präsidenten der Anklagekammer	85
aaa) Kognition	86
bbb) Genehmigung	87
ccc) Vorläufige Genehmigung	90
ddd) Abweisung	91
bb) Eröffnung der Verfügung	92
3. Verfahren bei Einstellung der Ueberwachung	94
a) Zuständigkeit und Allge- meines	94
b) Einstellungsfälle	94
aa) Wegfall der Voraussetzungen zur Ueberwachung	95
bb) Aufhebung der Verfügung	96
cc) Ablauf der Frist	96
c) Aufsicht über die Einstellung	97
4. Verfahren nach Abschluss der Ueberwachung	98
a) Mitteilungspflicht	99
aa) Allgemeines	99
bb) Regel	101

	<u>Seite</u>
aaa) Adressat	101
bbb) Umfang	103
ccc) Zeitpunkt	104
ddd) Form	106
cc) Ausnahme	107
aaa) Materielle Voraussetzungen	108
bbb) Formelle Voraussetzungen	113
b) Rechtsverweigerungsbeschwerde	113
aa) Allgemeines	113
bb) Legitimation	115
cc) Frist	116
dd) Form	116
ee) Beschwerdeinstanz	117
ff) Kognition	117
gg) Entscheid	122
c) Vernichtung nicht verwerteter Aufzeichnungen	124
d) Kosten	125
B. Ueberwachung gemäss Art. 50 bis f. PG	128
I. Praktische Bedeutung	128
II. Grundsatz der subsidiären Anwendung von Art. 114 bis 114f StP	130
III. Materielle Voraussetzungen der Ueberwachung	130
1. Uebereinstimmung mit der Ueberwachung nach Art. 114 ff. StP	130
2. Besonderheiten	131
a) Beschränkung auf Verbrechen und Vergehen	131
b) Verdacht der Vorbereitung einer Straftat	131
IV. Formelle Voraussetzungen der Ueberwachung	133
1. Uebereinstimmung mit dem Verfahren nach Art. 114 ff. StP	133
2. Besonderheiten	134

	<u>Seite</u>
a) Zuständigkeit zur Anordnung, Einstellung und Mitteilung der Ueberwachung	134
b) Keine Orientierung des Staats- anwaltes	135
c) Rechtshilfe	135
d) Mitteilungspflicht	137
aa) Regel	137
bb) Ausnahme	139
e) Rekurs	142
aa) Allgemeines	142
bb) Legitimation	143
cc) Frist	143
dd) Form	144
ee) Rekursinstanz	145
ff) Kognition	145
gg) Entscheid	146
f) Vernichtung nicht verwerte- ter Aufzeichnungen	146
g) Kosten	147
C. Arten der Ueberwachung	148
I. Telefonabhörung	148
1. Verfahren bei Anhebung der Ueber- wachung	148
2. Durchführung der Ueberwachung	150
3. Verfahren bei Einstellung der Ueberwachung	152
II. Einsatz technischer Ueberwachungs- geräte	153
1. Arten technischer Abhöranlagen	153
a) Richtmikrophone	153
b) Drahtgebundene Abhöranlagen	154
c) Drahtlose Abhöranlagen	154
2. Vorgehen bei Anhebung der Ueber- wachung	155
3. Durchführung der Ueberwachung	156

	<u>Seite</u>
4. Verfahren bei Einstellung der Ueberwachung	158
2. Abschnitt: Herstellung von Tonaufnahmen im Rahmen weiterer Rechtfertigungsgründe	159
A. Herstellung von Tonaufnahmen als Notwehrhandlung	159
I. Begriff der Notwehr	159
1. Objektive Merkmale	160
a) Angriff	160
b) Abwehr	160
2. Subjektives Merkmal	161
II. Praktische Bedeutung	161
B. Herstellung von Tonaufnahmen als Notstandshandlung	165
I. Begriff des Notstandes	165
1. Objektive Merkmale	166
a) Gefahr	166
b) Abwehr	166
2. Subjektives Merkmal	167
II. Praktische Bedeutung	167
C. Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe	168
I. Allgemeines	168
II. Zustimmung des Verletzten	169
1. Wesen	169
a) Objektive Merkmale	170
b) Subjektive Merkmale	171
aa) Voraussetzungen beim Zustimmenden	171
bb) Voraussetzungen beim Täter	171
2. Praktische Bedeutung	172
a) Vorgehen in der Praxis	172

	<u>Seite</u>
b) Problematik	173
aa) Zustimmung des Abonnenten	173
bb) Bewilligung der PTT	174
c) Situation de lege lata	175
III. Wahrnehmung berechtigter Interessen	176
1. Wesen	176
a) Objektive Merkmale	176
b) Subjektive Merkmale	177
2. Praktische Bedeutung	178
2. Teil: Verwendung von Tonaufnahmen im Strafverfahren	181
3. Kapitel: Tonaufnahmen als Beweismittel	181
1. Abschnitt: Grundsatz der offenen Zahl von Beweismitteln im st. gallischen Strafprozess	181
A. Kontroverse in Literatur und Rechtsprechung	182
B. Grundsatz der offenen Zahl von Beweismitteln als Ausfluss des Prinzips der freien Beweiswürdigung im Strafverfahren	183
C. Tonaufnahmen als Objekte des Augenscheins	186
2. Abschnitt: Beweiswert von Tonaufnahmen	190
4. Kapitel: Verwertbarkeit als Beweismittel	192
1. Abschnitt: Verwertbarkeit rechtmässig hergestellter Tonaufnahmen	192
2. Abschnitt: Verwertbarkeit sog. Zufallsfunde	193
A. Problematik	193
B. Regelung in den Verfahrensgesetzen anderer Kantone	194

	Seite
C. Rechtslage im Kanton St. Gallen	194
I. Situation de lege lata	194
II. Postulate de lege ferenda	197
3. Abschnitt: Verwertbarkeit unrechtmässig her- gestellter Tonaufnahmen	198
A. Problematik	198
B. Beweisverbote	199
I. Beweiserhebungsverbote	200
II. Beweisverwertungsverbot	200
1. Schweizerische Lehre und Recht- sprechung	202
a) Grundsatz der Interessenab- wägung	202
aa) Verletzung einer blossen Ord- nungsvorschrift	202
bb) Willensmängel	204
cc) Entlastungsbeweis	204
dd) Gesetzmässige Alternative	204
ee) Beweisnotstand	205
b) Grundsatz der gesetzmässigen Alternative	205
c) Grundsatz der Wertung nach dem Schutzgedanken der verletzten Norm	206
2. Kritik an Lehre und Rechtsprechung	207
3. Zweistufiges Vorgehen in der Praxis	209
a) Vorhandensein einer gesetz- mässigen Alternative	209
b) Keine Gefährdung des Wahrheits- gehaltes	210
4. Frage der Fernwirkung des Beweis- verbotes	211
5. Folgen	212

Abkürzungen

a.a.O.	am angeführten Ort
ABl	Amtsblatt des Kantons St. Gallen
Abs.	Absatz
AG	Aargau
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsent- scheide
Anm.	Anmerkung
AR	Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Ver- ordnungen
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	Bern
BetmG	BG vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungs- mittel (SR 812.121)
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	Basel-Land
BRB	Bundesratsbeschluss
BS	Basel-Stadt
BStP	BG vom 15. Juni 1934 über die Bundesstraf- rechtspflege (SR 312.0)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eid- genossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
DG	Gesetz über die disziplinarische Verantwort- lichkeit der Behördemitglieder, Beamten und öffentlichen Angestellten vom 28. März 1974 (sGS 161.3)
d.h.	das heisst
Dr.	Doktor
EGzStGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Straf- gesetzbuch vom 24. März 1941 (sGS 962.1)
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
etc.	et cetera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f.	und folgender Artikel/folgende Seite
ff.	und folgende Artikel/folgende Seiten
Form.	Formular
FR	Freiburg
GE	Genf

Geschr	Geschäftsreglement des Regierungsrates und der Staatskanzlei vom 7. Dezember 1951 (sGS 141.3)
GL	Glarus
GO	Gesetz über die Organisation der Bezirksgerichte vom 5. Januar 1978 (sGS 961.2)
GR	Graubünden
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
insb.	insbesondere
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
JU	Jura
lic. iur.	licentiatus iuris
lit.	litera
LU	Luzern
m.E.	meines Erachtens
MStP	Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (SR 322.1)
N.	Note
NE	Neuenburg
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	BG vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
OW	Obwalden
PG	Polizeigesetz vom 10. April 1980 (sGS 451.1)
Pr	Die Praxis des Bundesgerichtes
PTT	Post-, Telefon- und Telegrafenebetriebe
PVG	Postverkehrs-gesetz vom 2. Oktober 1924 (SR 783.0)
S.	Seite
SG	St. Gallen
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen, systematisches Register
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SO	Solothurn
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StenB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StP	Gesetz über die Strafrechtspflege vom 9. August 1954 (sGS 962.1)
StPO	Strafprozessordnung
StR	Ständerat
SZ	Schwyz
TG	Thurgau
TI	Tessin

TTVG	BG vom 14. Oktober 1922 betr. den Tele- graphen- und Telefonverkehr (SR 784.10)
u.a.	unter anderem
UR	Uri
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VD	Waadt
vgl.	vergleiche
vermutl.	vermutlich
V (1) PVG	Verordnung 1 vom 1. September 1967 zum Postverkehrsgesetz (SR 783.01)
VRP	Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1)
V (1) TTVG	Verordnung 1 vom 17. August 1983 zum Tele- graphen- und Telefonverkehrsgesetz (SR 784.101)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZP	Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20. März 1939 (sGS 961.1)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
z.T.	zum Teil

LITERATUR

- Aeppli Heinz Das Tonband im Strafverfahren, in ZStrR 1959
Bd. 74, S. 217 ff.
- Aubert Jean Traité de droit constitutionnel suisse,
François Neuchâtel 1967/1982
- Bauer Günther Moderne Verbrechensbekämpfung, Lübeck 1972
- Beling Ernst Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheits-
forschung im Strafprozess, Darmstadt 1903
- Bischofberger Die Verfahrensgarantien der Europäischen
Peter Konvention zum Schutze der Menschenrechte
und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer
Einwirkung auf das schweizerische Strafpro-
zessrecht, Zürich 1972
- Brühwiler Jürg Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag,
Bern 1978
- Clerc François Chronique helvétique trimestrielle, in
ZStrR 1971 Bd. 87, S. 413

Initiation à la justice pénale en Suisse I,
Neuchâtel 1975
- Delessert Daniel A. Les méthodes techniques de surveillance des
personnes suspectes dans le procès pénal,
in ZStrR 1975 Bd. 91, S. 182 ff.
- Dubs Hans Notwehr, in ZStrR 1973 Bd. 89, S. 337 ff.
- Erni Lorenz Die Verletzung der "Vertraulichkeit des
Wortes" als Straftat im deutschen und
schweizerischen Strafrecht, Diessenhofen/
Hamburg 1981
- Fäh Laurenz Die Zwangsmittel im st. gallischen Straf-
rechtspflegegesetz vom 9. August 1954,
Wil 1963
- Fleiner-Gerster Grundzüge des allgemeinen und schweizeri-
Thomas schen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich
1980
- Fleiner/
Giacometti Schweizerisches Bundesstaatsrecht,
Zürich 1949/1965

- Foëx Raymond A. La loi fédérale sur la protection de la vie privée du 23 mars 1979, in ZStrR 1982 Bd. 99, S. 47 ff.
- Frank Richard Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983
- Frautschi Fred Rechtswidrig erlangte Täteridentifikation und Verfassungsrecht, in SJZ 1985 Bd. 81, S. 41 f.
- Germann Oscar Adolf Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 (zit. Das Verbrechen)
- Grundsätze des Kassationshofs zur Gesetzesauslegung, in ZStrR 1963 Bd. 79, S. 83 ff. (zit. Gesetzesauslegung)
- Graven Jean L'emploi du magnétophone dans la procédure pénale, in ZStrR 1958 Bd. 73, S. 361 ff.
- Gross/Geerds Handbuch der Kriminalistik Ed. II, 10. Auflage, Berlin 1978
- Guldener Max Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979
- Haas Robert Notwehr und Nothilfe, Frankfurt/Bern/Las Vegas 1978
- Haefliger Arthur Rechtmässigkeit der durch das Gesetz gebotenen Tat, in ZStrR 1964 Bd. 80, S. 27 ff.
- Hafer Ernst Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1946
- Hagmann Werner E. Die st. gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Zürich 1979
- Hangartner Ivo Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zürich 1982
- Hauser/Rehberg Grundriss Strafrecht I, Verbrechenlehre, 3. Auflage, Zürich 1983 (zit. Grundriss Strafrecht I)
- StGB Kommentierte Textausgabe, 10. Auflage, Zürich 1983
- Hauser Robert Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Basel und Stuttgart 1984 (zit. Strafprozessrecht)
- Probleme und Tendenzen im Strafprozess, in ZStrR 1972 Bd. 88, S. 113 ff. (zit. Probleme)

- Huber Hans Das Post-, Telegraphen- und Telefongeheim-
nis und seine Beschränkung für Zwecke der
Strafrechtspflege, in SJZ 1955 Bd. 51, S.
165 ff.
- Huber Peter Der Schutz der persönlichen Geheimsphäre ge-
mäss Bundesgesetz vom 23. März 1979, in
ZStrR 1980 Bd. 97, S. 291 ff.
- Hug Thomas Schusswaffengebrauch durch die Polizei,
Zürich 1980
- Hutzli Peter W. Die verfassungsmässigen bundesrechtlichen
Schranken im einzelstaatlichen Strafprozess,
Zürich 1974
- Imboden/Rhinow Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung,
5. Auflage, Basel und Stuttgart 1976
- Kern/Roxin Strafverfahrensrecht, 11. Auflage, München
1972
- Knapp Blaise Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Auf-
lage, Basel und Frankfurt am Main 1983
- Kühnis Heinz-
Peter Das Rechtsmittel der Berufung in der
st. gallischen Strafrechtspflege, Freiburg
1975
- Kummer Max Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auf-
lage, Bern 1984
- Lenckner Theodor Die Wahrnehmung berechtigter Interessen,
ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?,
in Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich
1984
- Lenherr Paul Die Auskunftsperson im schweizerischen
Strafprozessrecht, Zürich 1970
- Locher Walter Die Zusammenarbeit zwischen Untersuchungs-
richter und Polizei im st. gallischen Straf-
prozess, Diessenhofen 1982
- Lutz Oskar Kommentar zum Gesetz über die Zivilrechts-
pflege, 2. Auflage, St. Gallen 1967
- Metzger Hubert Der strafrechtliche Schutz des persönlichen
Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton-
und Bildaufnahme- sowie Abhörgeräte,
Winterthur 1972

- Meyer Markus Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess, Zürich/Aarau 1962
- Mönkehaus Heinz Das Tonband im Strafverfahren, Basel 1970
- Morger Georg Die Rolle der Polizei im Untersuchungsverfahren, in ZStrR 1985 Bd. 102, S. 129 ff.
- Noll Peter Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, in ZStrR 1964 Bd. 80, S. 160 ff. (zit. Rechtfertigungsgründe)
- Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Zürich 1980 (zit. Allgemeiner Teil I)
- Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983 (zit. Besonderer Teil I)
- Technische Methoden zur Ueberwachung verdächtiger Personen im Strafverfahren, in ZStrR 1975 Bd. 91, S. 45 ff. (zit. Ueberwachung)
- Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955 (zit. Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe)
- Vorlesungsskriptum Strafprozessrecht, Zürich 1977 (zit. Strafprozessrecht)
- Pedrazzini Mario M. Grundriss des Personenrechts, Bern 1982
- Peter Markus Bundesstrafergerichtsbarkeit und kantonale Gerichtsbarkeit, in ZStrR 1971 Bd. 87, S. 166 ff. (zit. Bundesstrafergerichtsbarkeit)
- Das neue Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre, in SJZ 1979 Bd. 75, S. 305 ff. (zit. Geheimsphäre)
- Pfenninger Hans F. Das Tonband im schweizerischen Strafverfahren, in SJZ 1958 Bd. 54, S. 281 ff. (zit. Tonband)
- Die Leitprinzipien des modernen Strafverfahrens, in Probleme des schweizerischen Strafprozessrechts, Ausgewählte Aufsätze, Zürich 1966 (zit. Leitprinzipien)

- Pfenninger Hans F. Die Protokollierung in der Hauptverhandlung, in SJZ 1952 Bd. 48, S. 149 ff. (zit. Protokollierung)
- Rehberg Jörg Grundriss Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 3. Auflage, Zürich 1982 (zit. Strafrecht III)
- Unzureichende Strafbestimmungen gegen das Abhören fremder Gespräche, in SJZ 1971 Bd. 67, S. 106 ff. (zit. Abhören fremder Gespräche)
- Rehbinder Manfred Schweizerisches Arbeitsrecht, 7. Auflage, Bern 1981
- Robert Olivier Der Augenschein im Strafprozess, Zürich 1974
- Rohner Christoph Ueber die Kognition des Bundesgerichtes bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, Bern 1982
- Romanens Meinrad Die Telefonüberwachung als Gegenstand der Rechtshilfe in Strafsachen, Bern 1974
- Saladin Peter Grundrechte im Wandel, 3. Auflage, Bern 1982
- Schaumann Wilfried Persönliche Freiheit und neue Untersuchungsmethoden im amerikanischen und schweizerischen Strafverfahren, in Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift für Hans F. Pfenninger, Zürich 1956
- Schmidt Eberhard Deutsches Strafprozessrecht, Ein Kolleg, Göttingen 1967
- Schubarth Martin Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben, Bern 1982 (zit. Kommentar zu ...)
- Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Bern 1984 (zit. Kommentar zu ...)
- Zur rechtsstaatlichen Problematik des Einbaus von Abhörgeräten durch Organe der Bundesanwaltschaft, in BJM 1974, S. 9 ff. (zit. Abhörgeräte)

- Schultz Hans Aus der Rechtsprechung der Strafkammern und der Anklagekammer des Obergerichtes des Kantons Bern, in ZBJV 1962 Bd. 98, S. 135 ff. (zit. Rechtsprechung Obergericht)
- Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, in SJZ 1971 Bd. 67, S. 301 ff. (zit. Geheimsphäre)
- Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1968, in ZBJV 1969 Bd. 105, S. 387 ff. (zit. Rechtsprechung Bundesgericht)
- Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band, 4. Auflage, Bern 1982 (zit. Allgemeiner Teil I)
- Schwander Vital Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 1966
- Schwarzenbach
Hans R. Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 9. Auflage, Bern 1983
- Schweingruber
Edwin Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern 1976
- Speck Daniel Die Kostenregelung im St. Galler Strafprozess, Diplomarbeit an der Hochschule St. Gallen, St. Gallen 1983
- Stratenwerth/
Schubarth Rechtsgutachten betreffend Telefonüberwachung und Anwaltsgeheimnis, in Mitteilungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Bern, Dezember 1975, Nr. 49, S. 13 ff.
- Stratenwerth
Günther Schweizerisches Strafrecht
Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 1982 (zit. Allgemeiner Teil I)
- Schweizerisches Strafrecht
Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 3. Auflage, Bern 1983 (zit. Besonderer Teil I)
- Sträuli H./
Messmer G. Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982
- Streiff Ullin Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, 3. Auflage, Glattbrugg 1974

- Thormann/
von Overbeck Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zweiter
Band, Zürich 1941
- Trüb Rudolf Die interkantonale Rechtshilfe im schwei-
zerischen Strafrecht, Zürich 1950
- Tschumper Rudolf Zur Revision des aargauischen Gesetzes über
die Strafrechtspflege, in ZStrR 1979 Bd. 96,
S. 87 ff.
- Vetsch Hans-
Ulrich Die Rechtsverweigerungsbeschwerde des
st. gallischen Zivilrechtspflegegesetzes,
Zürich 1958
- Walder Hans Die Vernehmung des Beschuldigten,
Hamburg 1965 (zit. Vernehmung)
- Rechtswidrig erlangte Beweismittel im
Strafprozess, in ZStrR 1966 Bd. 82,
S. 36 ff. (zit. Beweismittel)

Hinweise auf weitere Literaturstellen und die Materialien
finden sich in den Anmerkungen zum Text dieser Arbeit.

Einleitung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in zwei Teile. In einem ersten Teil wird die Herstellung von Tonaufnahmen im Rahmen geheimer Abhörmassnahmen besprochen. Die Betrachtungen im zweiten Teil gelten dem Problem der Verwendung dieser Tonaufnahmen im Prozess.

Schwerpunkt der Arbeit bildet dabei die Behandlung des amtlichen Ueberwachungsverfahrens im Kanton St. Gallen. Verfahrensfragen werden in der schweizerischen juristischen Literatur eher stiefmütterlich behandelt. Zu Unrecht! Gerade im Bereich des geheimen Abhörens und Aufnehmens von Gesprächen kommt dem Verfahren nämlich grösste Bedeutung zu. Nur dessen sorgfältige Ausgestaltung und Handhabung garantiert, dass das Vertrauen des Bürgers in die staatlichen Organe intakt bleibt und Orwell'sche Visionen nicht Realität werden. Jedem Entscheid über Verfahrensfragen muss daher die Sorge um den Rechtsstaat zugrunde liegen. Nicht zu kurz kommen darf daneben aber das Interesse der Gesellschaft an einer wirkungsvollen Strafrechtspflege. In Zeiten, in denen sich immer besser organisierte Delinquenten immer raffinierterer Methoden bedienen und über alle Landesgrenzen hinaus tätig werden, müssen zu deren Bekämpfung auch den Strafverfolgungsbehörden modernste Mittel zur Verfügung stehen. Es stellt eine höchst anspruchsvolle Aufgabe jeder Rechtsordnung dar, diesen Interessenkonflikt zwischen den Bedürfnissen einer effizienten Strafverfolgung einerseits und jenen des Einzelnen um Schutz vor Ueberwachungseingriffen des Staates andererseits auf befriedigende Weise zu lösen.

Gegenstand der Arbeit sind neben der amtlichen Ueberwachung auch die Probleme, die sich bei der Herstellung geheimer Tonaufzeichnungen durch Private ergeben. Interessante Fragen

im Zusammenhang mit der Verwertung sog. Zufallsfunde sowie unrechtmässig erlangter Aufnahmen im Prozess schliesslich werden ebenfalls gestreift; eine eingehendere wissenschaftliche Durchdringung dieser zuletzt behandelten Fragen wird jedoch Gegenstand eigener Abhandlungen sein müssen.

Die Arbeit richtet sich in erster Linie an den Praktiker. In einem Bereich, in dem sich Lehre und Praxis nur auf wenig Erfahrung stützen können, will sie realistische Lösungen des eingangs erwähnten Interessenkonfliktes aufzeigen und Vorschläge unterbreiten. Es wurde versucht, den Bedürfnissen der Praxis möglichst weitgehend gerecht zu werden, ohne darob dem Rechtsstaat Schaden zuzufügen. Um dem Leser Zusammenhänge erkenntlich zu machen und ihm die Arbeit mit dieser Abhandlung zu erleichtern, ist sie mit häufigen Verweisen auf andere Stellen des Textes versehen.

An dieser Stelle sei noch eine Begriffsklärung angebracht: Damit zukünftige Entwicklungen im Bereich der akustischen Aufnahmetechnik mitumfasst sind, wird im Text dieser Arbeit etwas ungewöhnlich von "Tonaufnahmen" und nicht in einem engeren Sinne von "Tonbandaufnahmen" gesprochen.

1. TEIL: HERSTELLUNG VON TONAUFNAHMEN

1. Kapitel: Uebersicht über die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen

Vor allem in jüngerer Zeit haben die Gesetzgeber von Bund und Kanton zahlreiche Bestimmungen erlassen, welche direkt oder indirekt die Anfertigung von Tonaufnahmen zu strafprozessualen Zwecken betreffen. Sie haben einerseits dem Schutzbedürfnis des Einzelnen vor Uebergriffen von Staat oder Privaten auf seine Privat- und Geheimsphäre Rechnung getragen und entsprechende Strafbestimmungen geschaffen ¹⁾. Andererseits aber haben die Gesetzgeber den Strafverfolgungsorganen auch die gesetzlichen Grundlagen zur Verfügung gestellt, damit diese sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der neuzeitlichen Möglichkeiten bedienen können, welche die Abhör- und Aufnahmetechnik in den letzten dreissig Jahren ²⁾ zur Verfügung gestellt hat ³⁾.

Nachstehend werden die massgeblichen Gesetzesbestimmungen mit einigen summarischen Erläuterungen kurz dargestellt.

1) Vgl. dazu hinten S. 4 ff.

2) Vgl. dazu hinten S. 4.

3) Vgl. dazu hinten S. 8 ff., insb. S. 22 ff.

1. Abschnitt: Das Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereiches vom 20. September 1968 ⁴⁾

Immer weiter gehendere technische Möglichkeiten namentlich im Bereich der Abhörtechnik führen bereits seit den 50er-Jahren zu einer ständig wachsenden Bedrohung des Einzelnen ⁵⁾. Wegen der Entwicklung und Existenz neuer technischer Hilfsmittel, etwa in Form sogenannter "Minispione" ⁶⁾, ist er in zunehmendem Masse Angriffen auf seine Privatsphäre ausgesetzt, die meist heimlich erfolgen und gegen die das Strafrecht vor 1969 keinen Schutz bot. Wollte er sich zur Wehr setzen, musste sich der Verletzte in jener Zeit mit dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz begnügen und zu den Rechtsbehelfen von Art. 28 ZGB ⁷⁾ und 49 OR ⁸⁾ Zuflucht nehmen ⁹⁾.

4) In Kraft seit 1. Mai 1969.

5) Vgl. Pfenninger, Tonband, S. 281 ff.; Aeppli, Das Tonband-im Strafverfahren, in ZStrR 1959, Bd. 74, S. 217 f.; Metzger, Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahme- sowie Abhörgeräte, S. 45 f.; Erni, Die Verletzung der "Vertraulichkeit des Wortes" als Straftat im deutschen und schweizerischen Strafrecht, S. 5 ff.

6) Stratenwerth, Besonderer Teil I, S. 145.

7) SR 210

8) SR 220

9) Vgl. Schultz, Geheimsphäre, S. 301 f.; Schubarth, Kommentar, N. 3 zu Art. 179 bis StGB; Metzger, a.a.O., S. 25 ff. Eine ausführliche Darstellung der zivilrechtlichen Abwehrmöglichkeiten bietet Frank, Persönlichkeitsschutz heute, S. 116 ff.

Am 1. Juli 1966 reichte Nationalrat Alfons Müller (Luzern) ein Postulat ¹⁰⁾ ein und forderte zusammen mit acht Mitunterzeichnern einen Ausbau des Persönlichkeitsschutzes. Sein Vorstoss richtete sich gegen die Beeinträchtigung des Einzelnen durch den Missbrauch von Abhörgeräten und den Verkehr mit diesen Geräten.

In der Folge verwirklichte der Gesetzgeber das nationalrätliche Postulat. Er erachtete den bereits bestehenden strafrechtlichen Schutz der Persönlichkeit als ungenügend ¹¹⁾ und schuf mit dem Bundesgesetz betreffend Verstärkung des persönlichen Geheimbereichs vom 20. September 1968 die Art. 179 bis bis septies StGB ^{12, 13)}.

Für die vorliegende Arbeit sind insbesondere folgende Bestimmungen des BG vom 20. Dezember 1968 von Interesse ¹⁴⁾:

-
- 10) Vgl. Schultz, Geheimsphäre, S. 302; Metzger, a.a.O., S. 46.
- 11) Im Vordergrund standen damals die Tatbestände von Art. 162 StGB (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses), 186 StGB (Hausfriedensbruch) und 145 StGB (Sachbeschädigung). Vgl. dazu Schultz, Geheimsphäre, ebenda und mit Hinweisen auf weitere in Einzelfällen zur Anwendung gelangende Straftatbestände Metzger, a.a.O., S. 16 ff.
- 12) SR 311.0; AS 69, 319
- 13) Vgl. Schultz, Geheimsphäre, S. 302 f.; Metzger, a.a.O. S. 46; Noll, Ueberwachung, S. 45 f.
- 14) Ausser Betracht fällt im vorliegenden Zusammenhang Art. 179 quater, welcher sich mit der Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch optische Ueberwachungs- und Aufnahmegeräte befasst.

Art. 179 bis StGB untersagt das Abhören und Aufnehmen eines fremden nichtöffentlichen Gespräches ¹⁵⁾. Unter Strafe gestellt ist auch die Auswertung des Ergebnisses einer solchen Abhörung und dessen Bekanntgabe an einen Dritten. Verboten ist überdies die Aufbewahrung einer auf strafbare Weise zustande gekommenen Tonaufnahme und deren Zugänglichmachung an einen Dritten.

Art. 179 ter StGB stellt die gleichen Tathandlungen unter Strafe wie Art. 179 bis StGB. Täter ist bei dieser Strafbestimmung jedoch, wer an dem Gespräch selbst teilgenommen und es ohne die Einwilligung der anderen Gesprächsteilnehmer auf einen Tonträger aufgenommen hat.

Art. 179 quinquies StGB schliesst die Strafbarkeit nach Art. 179 bis und ter StGB aus, wenn das Gespräch zwar über eine dem Telefonregal unterstehende Telefonanlage geführt, es jedoch mittels einer von der PTT bewilligten Sprechstelle oder Zusatzeinrichtung mitgehört oder aufgenommen wird. Ausserdem bleibt straflos, wer ein Gespräch mithört oder aufnimmt, welches über eine dem Telefonregal nicht unterstehende Telefon- oder Gegensprechanlage geführt wird.

Art. 179 sexies StGB will denjenigen bestrafen, der solche technischen Geräte, welche insbesondere dem widerrechtlichen Abhören oder Aufnehmen dienen, unter anderem in Verkehr bringt oder anpreist.

15) Rehberg, Abhören fremder Gespräche, S. 106 ff. kritisiert, dass der Gebrauch von Funkabhörgeräten - er denkt unter anderem an das Abhören des Polizeifunkes durch Unbefugte - und der Handel mit diesen Geräten von den Strafbestimmungen der Art. 179 bis ff. nicht miterfasst werden. Er regt die Schaffung entsprechender Normen an. Ebenso Schultz, Geheimsphäre, S. 304, N. 6. Vgl. dazu auch Schubarth, Kommentar, N. 16 zu Art. 179 sexies StGB; Bericht der Kommission des Nationalrates vom 31. Oktober 1975 in BBJ 1976 I, S. 515.

Art. 179 septies StGB schliesslich bedroht denjenigen mit Strafe, der aus Bosheit oder Mutwillen eine dem Telefonregal unterstehende Telefonanlage zur Beunruhigung oder Belästigung eines andern missbraucht.

All diese Straftatbestände stellen Vergehen ¹⁶⁾ dar, mit Ausnahme von Art. 179 septies StGB, welcher als Uebertretung lediglich Haft oder Busse als Strafe vorsieht. Ausser im Falle von Art. 179 sexies StGB ¹⁷⁾ handelt es sich zudem lediglich um Antragsdelikte ¹⁸⁾.

16) Die Strafandrohung ist Gefängnis oder Busse, bei Art. 179 ter StGB Gefängnis bis zu einem Jahr oder Busse.

17) Art. 179 sexies StGB ist Offizialdelikt.

18) Ausführliche Darstellungen dieser Tatbestände finden sich bei Stratenwerth, Besonderer Teil I, S. 145 ff.; Noll, Besonderer Teil I, S. 89 ff.; Rehberg, Grundriss Strafrecht III, S. 128 ff.; Schubarth, Kommentar zu Art. 179 bis ff.; Metzger, a.a.O., S. 51 ff. Vgl. auch Schultz, Geheimsphäre, S. 301 ff.

2. Abschnitt: Das Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre vom 23. März 1979 ¹⁾

Mit den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. September 1968 ²⁾ ist auch für das Strafprozessrecht verbindlich klargestellt, dass die Privatsphäre gegenüber Formen des Eindringens mit technischen Mitteln als Rechtsgut geschützt ist. Seit dem Erlass der Art. 179 bis ff. StGB ist daher die Anwendung solcher Ueberwachungsmethoden mit Strafe bedroht. Wenn Private oder Strafverfolgungsorgane es dennoch tun, so bleiben sie nur unter der Voraussetzung straflos, dass ein Rechtfertigungsgrund besteht ³⁾, was im Falle der Anwendung dieser Methoden durch Strafverfolgungsorgane grundsätzlich voraussetzt, dass die massgeblichen kantonalen Rechtsordnungen Eingriffe dieser Art erlauben ⁴⁾.

1) In Kraft seit 1. Oktober 1979.

2) Vgl. dazu vorne S. 4 ff.

3) Vgl. dazu hinten S. 18 ff.

4) Ebenso, jedoch wegen der nur auf die Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane beschränkten Thematik ohne die Rechtfertigungsgründe generell und ausdrücklich zu erwähnen, Noll, Ueberwachung, S. 48; Urteil des Zürcher Kassationsgerichtes vom 15. Mai 1975, in SJZ 1976, Bd. 72, S. 62. Vgl. auch Romanens, Die Telefonüberwachung als Gegenstand der Rechtshilfe in Strafsachen, S. 80; ausserdem hinten S. 19, Anm. 9.

Bis hierhin besteht in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit. Kontrovers blieb hingegen zunächst die Frage, ob die Befugnis der Strafverfolgungsorgane zur Anordnung einer nach den Art. 179 bis ff. StGB tatbestandsmässigen Ueberwachungs-massnahme eines Gesetzes im formellen Sinn als Grundlage bedurfte oder nicht^{5, 6)}.

-
- 5) Die herrschende Lehre tritt für die Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage ein; so Noll, Ueberwachung, S. 48 ff.; Schubarth, Abhörgeräte, S. 9 ff.; Schubarth, Kommentar, N 7 und 12 f. zu Art. 179 octies/400 bis StGB; Zürcher Kassationsgericht, in SJZ 1976, Bd. 72, S. 62 ff. Diese Ansicht wird überzeugend damit begründet, dass Ueberwachungseingriffe verfassungsmässig garantierte Persönlichkeitsrechte der Bürger stets in schwerer Weise tangieren und daher nur rechtmässig sind, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, und zwar auf einem Gesetz in formellem Sinn. Vgl. dazu auch Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, Nr. 1771; Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 367 ff.; Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 67; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, Nr. 60; sehr deutlich Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. II, S. 78 f.; für die Praxis des Bundesgerichts BGE 90 I 38 f.
- 6) Anderer Meinung ist Romanens, a.a.O., S. 80 ff. Er vertritt die sehr weitgehende Ueberzeugung, bei Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung der Strafverfolgungsorgane zur Ueberwachung des Telefons von Privaten genüge stete und unbestrittene Übung als rechtliche Grundlage für den Eingriff. Zur Begründung führt er an, es könne nicht jedesmal, wenn ein neues technisches Mittel erfunden werde, dieses erst dann eingesetzt werden, wenn die Strafprozessordnung entsprechend geändert worden sei. Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Sie trifft zu lediglich für den Fall, da mit neuen technischen Mitteln ein gesetzlich bereits vorgesehener Eingriff in persönliche Freiheitsrechte vorgenommen wird (Vgl. hinten S. 181 ff. zur Frage der Zulässigkeit von Tonaufnahmen als Beweismittel), nicht aber, wenn bisher völlig unberührte Freiheitsrechte, wie z.B. das in Art. 36 Abs. 4 BV gewährleistete Telefongehheimnis, betroffen sind.

Dieser Streit ist heute bedeutungslos geworden. Am 23. März 1979 verabschiedeten die eidgenössischen Räte nämlich ein Gesetz über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre ⁷⁾, welches auf die parlamentarische Einzelinitiative von Nationalrat Andreas Gerwig (Basel-Stadt) vom 27. Juni 1973 zurückgeht ⁸⁾. Das neue Bundesgesetz hat eine vollständige ⁹⁾ Regelung der Ueberwachung des Post-, Telefon- und Telegrafatenverkehrs sowie des Einsatzes technischer Ueberwachungsgeräte auf Bundesebene gebracht und eine vorübergehende ¹⁰⁾ Rechtsgrundlage im kantonalen Zuständigkeitsbereich geschaffen. Damit wurden Ueberwachungseingriffe von Strafverfolgungsorganen auf eine saubere rechtsstaatliche Grundlage gestellt ¹¹⁾.

Kernstück des Gesetzes ist die neu geschaffene Bestimmung von Art. 179 octies StGB, die folgenden Wortlaut hat:

7) AS 79, 1170

8) Vgl. BBl 1976 I, S. 533 ff.

9) Mit einer Ausnahme: Die Ueberwachung ist auch nach dem neuen Gesetz nicht zulässig im Verwaltungsstrafverfahren. Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 15 zu Art. 179 octies/400 bis StGB; Peter, Geheimsphäre, S. 309.

10) Vgl. hinten S. 12 ff.

11) Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 11 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

Wer in Ausübung ausdrücklicher, gesetzlicher Befugnis die amtliche Ueberwachung des Post-, Telephon- oder Telegraphenverkehrs einer Person anordnet oder technische Ueberwachungsgeräte (Art. 179 bis ff.) einsetzt, ist nicht strafbar, wenn er unverzüglich die Genehmigung des zuständigen Richters einholt.

Die Genehmigung kann erteilt werden zur Verfolgung oder Verhütung eines Verbrechens oder eines Vergehens, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, oder einer mit Hilfe des Telefons begangenen Straftat.

Diese Norm bildet einen Rechtfertigungsgrund ¹²⁾ für das tatbestandsmässige Vorgehen der Strafverfolgungsbehörde gemäss Art. 179 bis ff. StGE. Sie enthält indessen selbst keine Eingriffsermächtigung, sondern steckt nur die Grenzen ab, in denen eine solche Ermächtigung durch den Gesetzgeber in Bund und Kantonen geschaffen werden kann ¹³⁾. Der Bund hat dies für seinen Bereich im Rahmen des Gesetzes vom 23. März 1979 getan und folgende Erlasse den neuen Erfordernissen angepasst:

- das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (Art. 66 bis 66 quater und 71 bis 73 BStP) ^{13a)};
- das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Art. 13 OG) ¹⁴⁾;

12) Vgl. Noll, Besonderer Teil I, S. 91; vgl. auch hier S. 18 ff.

13) Vgl. Stratenwerth, Besonderer Teil I, S. 159.

13a) SR 312.0; AS 79, 1170

14) SR 173.110; AS 79, 1170

- den Militärstrafprozess (Art. 70 bis 73 MStP) ¹⁵⁾;
- das Bundesgesetz über den Telegraf- und Telefonverkehr (Art. 6 und 7 TTVG) ¹⁶⁾;
- das Bundesgesetz über den Postverkehr (Art. 6 PVG) ^{17,18)};

Der Bundesgesetzgeber hat es aber nicht dabei bewenden lassen. Er hat mit Art. 400 bis Ziff. 2 StGB ¹⁹⁾ gleich auch für die Kantone eine Eingriffsgrundlage geschaffen, wenn auch nur für eine Uebergangszeit von drei Jahren. Diese Uebergangsregelung ist am 1. Oktober 1982 abgelaufen ²⁰⁾. Seit diesem Zeitpunkt dürfen die Kantone nach den Art. 179 bis ff. StGB strafbare Ueberwachungseingriffe nur noch vornehmen, wenn das kantonale Recht eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür enthält ²¹⁾.

15) SR 322.1; AS 79, 1170

16) SR 784.10; AS 79, 1170

17) SR 783.0; AS 79, 1170

18) Darstellungen dieser Regelungen finden sich bei Schubarth, Kommentar zu Art. 179 octies/400 bis StGB; Peter, Geheimsphäre, S. 305 ff.; Huber P., Der Schutz der persönlichen Geheimsphäre gemäss Bundesgesetz vom 23. März 1979, in ZStrR 1980, Bd. 97, S. 291 ff.; Foëx, La loi fédérale sur la protection de la vie privée du 23 mars 1979, in ZStrR 1982, Bd. 99, S. 47 ff.

19) Eine einlässliche Behandlung dieser Bestimmung erübrigt sich, nachdem sie heute keine Wirkung mehr entfaltet; vgl. unten Anm. 20.

20) Drei Jahre nach Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre am 1. Oktober 1979 (Art. 400 bis Ziff. 2 Abs. 1 StGB).

21) Art. 179 octies StGB

Da die Gesetzgebung im Prozessrecht zum grossen Teil Sache der Kantone ist ²²⁾, steht es ihnen frei, ob sie überhaupt Eingriffe dieser Art vorsehen wollen. Die Schaffung entsprechender Bestimmungen haben bis anhin allerdings nur die Kantone Schaffhausen, Appenzell Innerrhoden und Wallis unterlassen ²³⁾. Alle anderen kantonalen Rechte weisen heute eine gesetzliche Grundlage für die Abhörung und den Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte durch ihre Strafverfolgungsorgane auf ²⁴⁾.

Für den Kanton St. Gallen werden diese Bestimmungen nachfolgend ²⁵⁾ im Gesamtzusammenhang eingehend dargestellt. Obwohl auf eine ausdrückliche Berücksichtigung der Gesetze anderer Kantone verzichtet wird, können die entsprechenden Ausführ-

22) Art. 64 bis Abs. 2 BV

23) Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 16 b zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

24) Zusammenstellung bei Schubarth, Kommentar, N. 16 a zu Art. 179 octies/400 bis StGB:

ZH 104 ff. StP; BE 171 b ff. StP; LU 117 bis 117 sexies StP; UR 133 StP; SZ 41 StP; OW 85 bis 85 b StP; NW 65 bis 65 e StP und 66 Abs. 2 OG; GL 61 StP; ZG 21 bis bis quinquies StP; FR 20 a ff. StP; SO 54, 59 ff. StP; BS 71 a ff. StP; EL 100 a ff. StP; AR 125 ff. StP; SG 114 ff. StP und 50 bis f. PG; GR 95 StP; AG 88 f. StP; TG 131 ff. StP; TI 124 Abs. 2 und Anwendungsgesetz vom 6. Oktober 1982; VD 229 StP und 11 b EGzStGB; NE 100 bis, 171 bis StP; GE 184 A bis D StP; JU 74 a und 175 bis 175 f StP.

25) Vgl. hinten S. 22 ff.

rungen auch für weitere kantonale Rechte von Bedeutung sein. Allen kantonalen Rechten ist nämlich gemeinsam, dass sie bei der Schaffung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen an die in BV ²⁶⁾ und EMRK ²⁷⁾ garantierten Grundrechte sowie an die Minimalvorschriften in Art. 179 octies StGB gebunden sind ²⁸⁾. Ausserdem wurde als Vorbild für die neuen kantonalen Normen häufig die Regelung im revidierten Bundesstrafprozess herangezogen ²⁹⁾. All diese Gemeinsamkeiten erlauben oft Rückschlüsse von der hier vorliegenden Darstellung des st. gallischen auf andere kantonale Rechte.

26) SR 101

27) SR O.101

28) Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 5 zu Art. 179 octies/400 bis StGB; Peter, Geheimsphäre, S. 312; Bericht der Kommission des Nationalrates vom 31. Oktober 1975, in BBl 1976 I, S. 575.

29) vgl. hinten S. 22 ff.

3. Abschnitt: Das III. Nachtragsgesetz zum St. Galler
Gesetz über die Strafrechtspflege vom
17. Juni 1982¹⁾

Mit seiner Botschaft vom 18. August 1981 hat der Regierungsrat dem Grossen Rat des Kantons St. Gallen einen Gesetzesentwurf zur amtlichen Ueberwachung vorgelegt ²⁾. Der Entwurf wurde nach je zweimaliger Beratung in der grossrätlichen Kommission ³⁾ und im Rat ⁴⁾ mit einigen Aenderungen am 17. Juni 1982 verabschiedet und konnte pünktlich auf den Ablauf der Uebergangsfrist von Art. 400 bis StGB ⁵⁾ hin in Kraft treten.

Sowohl das Gesetz über die Strafrechtspflege (StP) ⁶⁾ als auch das Polizeigesetz (PG) ⁷⁾ enthalten nun neue Bestimmungen über die amtliche Ueberwachung. Sie sind wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die vorliegende Arbeit nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben.

Art. 114 ff. StP lauten:

"Art. 114. Der Untersuchungsrichter kann den Post-, Telefon- und Telegrafatenverkehr überwachen lassen oder technische Ueberwachungsgeräte einsetzen, wenn:

1) In Kraft seit 1. Oktober 1982.

2) Vgl. AB1 1981 S. 1293 ff.

3) Vgl. Protokolle der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar und 19. April 1982.

4) Vgl. AB1 1982 S. 533 und 766.

5) Vgl. vorne S. 12.

6) SGS 962.1

7) SGS 451.1

1. Ein Verbrechen oder ein Vergehen, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, oder Missbrauch des Telefons erfolgt wird;
2. bestimmte Tatsachen die zu überwachende Person als Täter oder Teilnehmer verdächtig machen;
3. die notwendigen Ermittlungen ohne die Ueberwachung wesentlich erschwert würden oder andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind.

Art. 114a. Die Anordnung darf sich nur gegen den Angeschuldigten oder den Verdächtigen richten. Die Ueberwachung von Drittpersonen ist zulässig, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass sie für den Angeschuldigten oder den Verdächtigen Mitteilungen entgegennehmen oder weiterleiten oder dass der Angeschuldigte oder der Verdächtige ihren Telefonanschluss benützt.

Ausgenommen ist die Ueberwachung von Drittpersonen, die nach Art. 69 dieses Gesetzes nicht zum Zeugnis verpflichtet werden können.

Art. 114b. Der Untersuchungsrichter reicht innert 24 Stunden dem Präsidenten der Anklagekammer eine Abschrift seiner Verfügung samt den Akten und einer kurzen Begründung zur Genehmigung ein.

Die Verfügung ist längstens sechs Monate gültig. Der Untersuchungsrichter kann sie jeweils um weitere sechs Monate verlängern. Er reicht dem Präsidenten der Anklagekammer spätestens zehn Tage vor Ablauf der Frist eine Abschrift der Verlängerungsverfügung samt den Akten und einer kurzen Begründung zu Genehmigung ein. Der Staatsanwalt erhält eine Abschrift der Verfügung.

Art. 114c. Der Präsident der Anklagekammer prüft die Verfügung aufgrund der Begründung und der Akten.

Er hebt sie auf, wenn die Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Er kann die Ueberwachung vorläufig genehmigen. In diesem Fall setzt er dem Untersuchungsrichter eine Frist zur Rechtfertigung der Verfügung durch Ergänzung der Akten oder in mündlicher Verhandlung.

Art. 114 d. Der Präsident der Anklagekammer begründet seinen Entscheid summarisch und eröffnet ihn dem Untersuchungsrichter innert fünf Tagen

seit Beginn der Ueberwachung, im Fall der Verlängerung vor deren Beginn.

Er achtet darauf, dass die Ueberwachung nach Ablauf der Frist aufgehoben wird.

Der Staatsanwalt erhält eine Abschrift des Entscheides.

Art. 114e. Der Untersuchungsrichter stellt die Ueberwachung ein, sobald sie nicht mehr notwendig ist oder seine Verfügung aufgehoben wird.

Art. 114f. Nach Abschluss des Strafverfahrens werden die nicht verwerteten Aufzeichnungen vernichtet.

Art. 114g. Der Untersuchungsrichter teilt dem Betroffenen Grund und Dauer der Ueberwachung mit, sobald der Stand der Untersuchung es erlaubt.

Würde die Mitteilung wichtige Interessen der Strafverfolgung beeinträchtigen, so kann sie mit Zustimmung des Präsidenten der Anklagekammer ausnahmsweise unterbleiben.

Gegen die Ueberwachung kann bei der Anklagekammer Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden.

Der Präsident tritt in den Ausstand."

Art. 50 bis f. PG lauten:

"Art. 50 bis. Der Vorsteher des zuständigen Departementes kann den Post-, Telefon- und Telegrafenvverkehr einer Person überwachen lassen oder technische Ueberwachungsgeräte einsetzen, um ein Verbrechen oder Vergehen, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, zu verhindern, wenn bestimmte Tatsachen auf die Vorbereitung einer solchen Tat schliessen lassen.

Art. 114 bis 114f des Gesetzes über die Strafrechtspflege werden sachgemäss angewendet.

Art. 50 ter. Der Vorsteher des zuständigen Departementes teilt dem Betroffenen nach Abschluss der Ueberwachung Grund und Dauer mit, wenn dadurch nicht wichtige öffentliche Interessen beeinträchtigt werden.

Gegen die Ueberwachung kann beim^a Regierungsrat Rekurs erhoben werden."

2. Kapitel: Rechtmässig hergestellte Tonaufnahmen

Wie erwähnt ¹⁾, ist es seit dem Erlass der Art. 179 bis ff. StGB untersagt, Personen abzuhören, Gespräche der Ueberwachten auf Tonträgern festzuhalten und solche Aufnahmen auf irgendeine Weise auszuwerten ²⁾. Ausgeschlossen ist die Tatbestandsmässigkeit lediglich, wenn einer der beiden in Art. 179 quinquies StGB angeführten Spezialfälle vorliegt ^{3, 4)}.

Rechtmässig ist eine Tat nach Art. 179 bis f. StGB daher nur, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Nachstehend ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen die einzelnen Rechtfertigungsgründe die Straflosigkeit eines Verhaltens nach Art. 179 bis f. StGB zur Folge haben.

1) Vgl. vorne S. 3 ff.

2) Vgl. Art. 179 bis und ter StGB

3) Vgl. dazu BGE 100 IV 50 sowie die Darstellungen bei Schubarth, Kommentar zu Art. 179 quinquies StGB; Noll, Besonderer Teil I, S. 93 f.; Rehberg, Grundriss Strafrecht III, S. 131 f.

4) Die damit aus dem Tatbestand ausgeschlossenen Verhaltensweisen können dennoch gegen Persönlichkeitsrechte verstossen und die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen etwa nach Art. 28 ZGB/49 OR oder 328 Abs. 1 OR auslösen. Vgl. dazu Schubarth, Kommentar, N. 1 zu Art. 179 quinquies StGB; Pedrazzini, Grundriss des Personenrechts, S. 124; Frank, a.a.O., S. 6 ff.; speziell für das praktisch bedeutsame Arbeitsrecht Brühwiler, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, N. 2 zu Art. 328 OR; Schweingruber, Kommentar zum Arbeitsvertrag, S. 141; Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, S. 74; Streiff, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertrags-Recht, N. 4 und 5 zu Art. 328 OR.

Die repressive ⁵⁾ Abhörung im Verfahren nach Art. 114 ff. StP ⁶⁾ und die präventive ⁵⁾ Abhörung nach Art. 50 bis f. PG ^{7, 8)}, bilden die Schwerpunkte dieser Darstellung. Bei Ueberwachungsmaßnahmen, die von Strafverfolgungsorganen angeordnet und durchgeführt werden, kommt diesen beiden Verfahren im Rahmen von Art. 32 StGB vorrangige Bedeutung zu. Werden Dritte von Privaten ⁹⁾ abgehört, und werden entsprechende Tonaufnahmen erstellt, so werden als Rechtfertigungsgründe regelmässig Notwehr (Art. 33 StGB) ¹⁰⁾, Notstand (Art. 34 StGB) ¹¹⁾ oder die Einwilligung des Verletzten ^{11a)} angerufen, deren Behandlung daher ebenfalls einigen Raum einnimmt. Gestreift werden zuguterletzt noch einige weitere Rechtfertigungsgründe, welche - wie die Einwilligung des Verletzten - nicht im Gesetz erwähnt sind ¹²⁾, die in Einzelfällen aber eine Rolle spielen können ¹³⁾.

5) Bezeichnung von Noll, Ueberwachung, S. 54.

6) Vgl. hinten S. 22 ff.

7) sGS 451.1

8) Vgl. hinten S. 128 ff.

9) Der Anwendungsbereich von Art. 33/34 StGB ist jedoch nicht nur auf Private beschränkt. Auch ein Polizist oder Untersuchungsrichter kann sich in amtlicher Funktion z.B. in einer Notwehrsituation befinden, die ihn allenfalls zu Eingriffen nach Art. 179 bis ff. StGB berechtigt. Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 55 f.

10) Vgl. hinten S. 159 ff.

11) Vgl. hinten S. 165 ff.

11a) Vgl. hinten S. 169 ff.

12) Sogenannte "aussergesetzliche" bzw. "übergesetzliche" Rechtfertigungsgründe; so Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 167 ff.; kritisch zu dieser Terminologie Noll, Allgemeiner Teil I, S. 100 f.

13) Vgl. hinten S. 168 ff.

1. Abschnitt: Herstellung von Tonaufnahmen im Rahmen von
Art. 32 StGB

Nach Art. 32 StGB ist die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, kein Verbrechen oder Vergehen ¹⁴⁾.

Mit dieser Vorschrift werden insgesamt vier Fälle bezeichnet, in denen ein an sich verpöntes Verhalten rechtmässig wird. Es sind dies das gesetzlich gebotene oder erlaubte Handeln, das Handeln in Ausübung einer Amts- sowie jenes in Ausübung einer Berufspflicht und schliesslich die Handlung, die vom Gesetz straflos erklärt wird. Art. 32 StGB ist eine Blankettnorm ¹⁵⁾, die in allgemeiner Form auf Vorschriften ¹⁶⁾ verweist, welche den strafrechtlichen Normen vorgehen ¹⁷⁾. Nach einhelliger Meinung ist die Bestimmung von Art. 32 StGB indessen unglücklich formuliert ¹⁸⁾. Kritisiert wird namentlich, dass die ausdrückliche Erwähnung der Amts- und

14) Aufgrund der Verweisung von Art. 102 StGB auch keine Uebertretung; vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 136.

15) Vgl. Noll, Allgemeiner Teil I, S. 111.

16) Es kann sich dabei auch um Vorschriften des kantonalen Rechts handeln. Vgl. BGE 101 IV 316; Haefliger, Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, in ZStrR 1964, Bd. 80, S. 34; Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 181.

17) Vgl. auch vorne S. 8 ff.

18) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 136; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 224; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 157.

Berufspflicht irreführend sei. Auch das Handeln in Amts- oder Berufspflicht bedürfe nämlich einer Rechtsgrundlage, weshalb es sich nur um Anwendungsfälle gesetzlich gebotener oder erlaubter Tätigkeit handle ¹⁹⁾. Dieser Kritik kommt jedoch im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung zu. Nach der Schaffung der gesetzlichen Grundlagen für die Vornahme von Ueberwachungseingriffen durch Strafuntersuchungsbehörden und Polizei besteht kein Raum mehr für behördliches Handeln ausserhalb dieser gesetzlichen Vorschriften. Soweit eine eigentliche Amtspflicht zur Ueberwachung Dritter besteht ²⁰⁾, ist sie durch die neu geschaf-

19) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 137; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 223 f.; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 112; gleicher Meinung, jedoch nur für den Bereich der Berufspflicht Schultz, ebenda. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, ebenda, räumen bezüglich der ausdrücklichen Erwähnung von Amts- und Berufspflichten im Gesetz ein, dass sie insofern einen Sinn haben dürfte, als die mit einer bestimmten amtlichen oder beruflichen Tätigkeit verbundenen Eingriffsrechte öfters nicht im einzelnen festgelegt sind, sondern allgemeineren Regeln über den Pflichtenkreis der betroffenen Personen entnommen werden müssen. Ähnlich Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 181.

20) Etwa als Ausfluss der polizeilichen Generalklausel, welche die Polizei zur Abwendung von Gefahren für die öffentliche Ordnung und Sicherheit verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, vgl. dazu Hug, Schusswaffengebrauch durch die Polizei, S. 28 ff. und S. 58 ff. mit Hinweisen.

fenen Art. 114 ff. StP und 50 bis f. PG vielmehr abschliessend ²¹⁾ konkretisiert worden. Weitere rechtliche Grundlagen, welche Ueberwachungseingriffe nach Art. 32 StGB rechtfertigen würden, bestehen nicht. Mit anderen Worten ist die Ueberwachung unter dem Gesichtspunkt von Art. 32 StGB nur rechtmässig, wenn sie im gesetzlichen Verfahren nach Art. 114 ff. StP oder 50 bis f. PG angeordnet und durchgeführt wird.

A. Ueberwachung gemäss Art. 114 ff. StP ²²⁾

I. Ueberblick über die Praxis seit 1979

Im Kanton St. Gallen wurden aufgrund der durch das BG über den Schutz der persönlichen Geheimsphäre ²³⁾ geschaffenen Rechtsgrundlagen sowie der Art. 114 ff. StP ²⁴⁾ seit 1979 im Bereich der Strafuntersuchung ²⁵⁾ insgesamt 34 Ueber-

21) Dies folgt direkt aus Art. 179 octies StGB, der durch seine Minimalgarantien die Möglichkeit einer Rechtfertigung unter Berufung auf Art. 32 StGB einschränkt; vgl. dazu Schubarth, Kommentar, N. 8 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

22) Erlassen als III. Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Strafrechtspflege vom 17. Juni 1982; in Kraft gesetzt am 1. Oktober 1982. Vgl. vorne S. 15 ff.

23) Vgl. vorne S. 8 ff.

24) Vom 1. Oktober 1979 (Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes) bis zum 1. Oktober 1982 erfolgte die Ueberwachung gestützt auf die Uebergangsregelung von Art. 400 bis StGB, seit dem 1. Oktober 1982 nach dem Verfahren von Art. 114 ff. StP; vgl. oben Anm. 22.

25) Eine präventive Ueberwachung zur Verhütung einer Straftat wurde bis heute noch nie angeordnet. Vgl. hinten S. 128, insb. Anm. 502.

wachungsmassnahmen verfügt ²⁶⁾. Die nachstehende Tabelle will einen Ueberblick über die bisherige Praxis vermitteln ²⁷⁾. Deren Auswertung und nähere Erläuterung erfolgt im Zusammenhang mit den im folgenden dargestellten materiell- ²⁸⁾ und formellrechtlichen ²⁹⁾ Aspekten der Ueberwachung.

26) Stand 31. Dezember 1984.

27) Quellen: Persönliche Auskunft des Präsidenten der st. gallischen Anklagekammer lic. iur. G. Morger; Amtsberichte der kantonalen Gerichte über die Jahre 1979 bis 1984.

28) Vgl. hinten S. 31 ff.

29) Vgl. hinten S. 61 ff.

Jahr	Anzahl Gesuche	Entscheidung über Genehmigung				Art der Massnahme	Delikt	Begehungsweise	Objekt	Dauer (Tage)	Bemerkungen
		ge- nehmigt	vorläu- fig ge- nehmigt	nicht ge- nehmigt	nicht eingetreten						
1979	?	X				Telefonüberwachung	Tötung	Vermutl. Einzeltäter; Beziehungsdelikt	Drittperson (Anschluss der Eltern des Verdächtigen)	52	
		X				Telefonüberwachung	Tötung	Vermutl. Einzeltäter; Beziehungsdelikt	Verdächtiger	57	
		X				Auskunft Postcheckamt	Urkundenfälschung/ Betrug	Checkbetrug	Verdächtiger		Keine akustische Überwachungs-massnahme.
1980	5	X				Telefonüberwachung	Raub	Bandenmässige Begehung; Deliktsumme mehr als Fr. 250'000.--	Verdächtiger	29	
			X			Telefonüberwachung	Falsche Anschuldigung	Anonyme Beschuldigung einer Person als Täter einer Brandstiftung bei der Polizei sowie beim Opfer der Brandstiftung.	Drittperson (Opfer, ohne dessen Einwilligung)	44	Vorläufig genehmigt mit Aufforderung zur exakteren Begründung

Jahr	Anzahl Gesuche	Entscheidung über Genehmigung			Art der Massnahme	Delikt	Begehungsweise	Objekt	Dauer (Tage)	Bemerkungen
		ge- nehmigt	vorläu- fig ge- nehmigt	nicht einge- nommen						
		X			Telefonüber- wachung	Schwere Wi- derhandlung BtmG	Bandenmässige Be- gehung	Drittperson (Anschluss der Schwiegermutter des Verdächtig- ten)	64	
		X			Telefonüber- wachung	Tötung	Vermutl. Einzeltä- ter; Beziehungs- delikt	Verdachtiger	44	
1981	4			X	Telefonüber- wachung	Drohung	Telefonische Mord- drohungen	Opfer, mit des- sen Einwilli- gung		
		X			Telefonüber- wachung	Hehlerei	Planmässiges Zu- sammenwirken mit Dieb; grosse Men- gen Diebesgut	Drittperson (Anschluss des Ehemannes der Verdachtigen)	28	
		X			Telefonüber- wachung	Schwere Wi- derhandlung BtmG	Bandenmässige Be- gehung; interna- tionaler Drogen- händlering	Drittperson (Anschluss ei- nes Restau- rants)	50	
		X			Ueberwachung des Post-, Te- legramm- und Zahlungsver- kehrs	Betrug	Ehepaar als Mit- täter; Deliktsum- me mehr als Fr. 250'000.--.	Verdachtige	202	Keine akusti- sche Ueberwa- chungsmassnahme.

Jahr	Anzahl Gesuche	Entscheid über Genehmigung				Art der Massnahme	Delikt	Begehungsweise	Objekt	Dauer (Tage)	Bemerkungen
		ge- nehmigt	vorläu- fig ge- nehmigt	nicht ge- nehmigt	nicht einge- treten						
1982	5	X				Telefonüber- wachung	Raub; Aus- bruch aus Strafanstalt	Bandenmässige Begehung	Drittperson (Anschluss der Schwester des Verdächtigen)	22	Ueberwachter An- schluss im Kanton Tessin.
		X				Postverkehr	Urkundenfä- lschung/Ver- untreuung	Vermutl. Einzel- täter	Verdächtiger	5	Keine akustische Ueberwachungs- massnahme.
		X				Telefonüber- wachung	Schwere Wi- derhandlung BetrG	Handel	Verdächtiger	24	
		X				Telefonüber- wachung	Hehlerei	Ehepaar als Mit- täter; Kontakte mit Kaufinteres- senten; Delikt- summe ca. Fr. 170'000.--	Verdächtige	57	
		X				Telefonüber- wachung	Tötung	Vermutl. Einzel- täter	Verdächtiger	33	
1983	14	X				Telefonüber- wachung	Hehlerei	Ehepaar als Mit- täter; gewerbs- mässige Begehung	Verdächtige	255	

Jahr	Anzahl Gesuche	Entscheidung über Genehmigung				Art der Massnahme	Delikt	Begleichungsweise	Objekt	Dauer (Tage)	Bemerkungen
		ge- nehmigt	vorläu- fig ge- nehmigt	nicht ge- nehmigt	nicht einget- reten						
					X	Fotographie- ren von Ver- dächtigen in der Öffent- lichkeit	Hehlerei	Ehepaar als Mit- täter; gewerbs- mässige Begehung	Verdächtige		Keine akustische Überwachungs- massnahme.
		X				Telefonüber- wachung	Hehlerei	Ehepaar als Mit- täter; gewerbs- mässige Begehung	Drittperson (Telefonkabine, welche von Ver- dächtigen be- nützt wurde)	54	Weisung, dass nur Gespräche der Verdächtigen zur Kenntnis der Un- tersuchungsbehör- den gelangen.
		X				Überwachung des Postver- kehrs	Tötung	Evt. Beziehungs- delikt	Drittperson (Post des Opfers)	13	Keine akustische Überwachungs- massnahme.
		X				Telefonüber- wachung	Hehlerei/ schwere Wi- derhandlung Betrug	Ehepaar als Mit- täter; gewerbs- mässige Begehung	Verdächtige	195	Verlängerungs- verfügung
		X				Einsatz tech- nischer Über- wachungsgerä- te	Tötung	Unbekannt	Verdächtiger	9	

Jahr	Anzahl Gesuche	Entscheid über Genehmigung				Art der Massnahme	Delikt	Begehungswelse	Objekt	Dauer (Tage)	Bemerkungen
		ge- nehmigt	vorläu- fig ge- nehmigt	nicht ge- nehmigt	nicht eingetreten						
			X			Telefonüber- wachung	Hehlerei/ schwere Wi- derhandlung BetrG	Ehepaar als Mit- täter; gewerbs- mässige Begehung	Drittperson (Anschluss eines Restau- rants)	19	Weisung, dass nur Gespräche der Verdächtigen zur Kenntnis der Un- tersuchungsbehör- den gelangen.
			X			Telefonüber- wachung	Hehlerei/ schwere Wi- derhandlung BetrG	Ehepaar als Mit- täter; gewerbs- mässige Begehung, Internationale Bandentätigkeit	Drittperson (Anschluss des Bruders eines Verdächtigen)	44	Vorläufig geneh- migt zur Abklä- rung der Zustän- digkeit.
		X				Telefonüber- wachung	Hehlerei/ schwere Wi- derhandlung BetrG/Betrug	Ehepaar als Mit- täter; interna- tionale Banden- tätigkeit; ge- werbsmässige Be- gehung	Verdächtige	47	Verfügung ausge- dehnt auf Betrug.
		X				Telefonüber- wachung	Tötung	Evt. mehrere Täter	Verdächtiger	14	
		X				Einsatz technischer Überwa- chungsgeräte	Tötung	Evt. mehrere Täter	Verdächtiger	21	

Jahr	Anzahl Gesuche	Entscheid über Genehmigung				Art der Massnahme	Delikt	Begehungsweise	Objekt	Dauer (Tage)	Bemerkungen
		ge- nehmigt	vorläu- fig ge- nehmigt	nicht ge- nehmigt	nicht einge- treten						
		X				Telefonüber- wachung	Schwere Wi- derhandlung BetmG	Bandenmässige Begehung	Verdächtiger	55	
		X				Telefonüber- wachung	Schwere Wi- derhandlung BetmG	Bandenmässige Begehung	Verdächtiger	25	
1984	4	X				Telefonüber- wachung	Schwere Wi- derhandlung BetmG	Handel	Drittperson (Anschluss der Freundin des Verdächtigen)	50	
		X				Telefonüber- wachung	Betrug	Gewerbsmässige Begehung; sehr hohe Deliktsumme	Drittperson (Anschluss von Freunden der Verdächtigen)	33	Fahndungsmass- nahme
		X				Feststellung der Telefon- anrufe und deren Her- kunft	Betrug	Gewerbsmässige Begehung; sehr hohe Deliktsumme	Verdächtige	39	Fahndungsmass- nahme

II. Materielle Voraussetzungen der Ueberwachung

1. Ueberwachungsfälle

Art. 114 Ziff. 1 StP lässt eine Ueberwachung nur zu, wenn "ein Verbrechen oder ein Vergehen, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt, oder Missbrauch des Telefons verfolgt wird". Generell zulässig ist die Ueberwachung also nach dieser Formulierung - sofern die Voraussetzungen im speziellen gegeben sind - nur bei Verbrechen und Vergehen ^{30, 31}). Zur Verfolgung von Uebertretungen ³²) hingegen ist sie nur ausnahmsweise statthaft ³³).

a) Ueberwachung bei Verbrechen und Vergehen

Der Formulierung "Schwere oder Eigenart" kommt keine eigene begriffliche Bedeutung zu ³⁴). Damit wird lediglich festgeschrieben, dass die zuständigen Organe bei der Anordnung einer Ueberwachungsmassnahme an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden sind ³⁵). Dieser Grundsatz würde im übrigen auch gelten, wenn er im Gesetz nicht eigens erwähnt wäre ^{35a}). Bei jeder staatlichen Zwangsmassnahme - und um

30) Verbrechen sind gemäss Art. 9 StGB die mit Zuchthaus, Vergehen die mit Gefängnis als Höchststrafe bedrohten Handlungen.

31) Vgl. nachstehend a).

32) Uebertretungen sind gemäss Art. 101 StGB die mit Haft oder Busse oder mit Busse allein bedrohten Handlungen.

33) Vgl. nachstehend b).

34) Die Formulierung wurde erstmals von Noll gebraucht; vgl. Noll, Ueberwachung, S. 67; BB1 1976 I, S. 572.

35) Vgl. Tschumper, Zur Revision des aargauischen Gesetzes über die Strafrechtspflege, in ZStrR 1979, Bd. 96, S. 86; Huber P., a.a.O., S. 297 f.; Peter, Geheimsphäre, S. 307; StenB NR 1977 S. 471.

35a) Vgl. Entscheid des Bundesgerichtes vom 9. Mai 1984, in NZZ vom 26. September 1984.

eine solche handelt es sich bei den hier zur Diskussion stehenden Eingriffen in die Geheimsphäre³⁶⁾ - ist nämlich das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu wahren^{37, 38)}.

Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz besagt im vorliegenden Zusammenhang in ganz allgemeiner Form, dass eine Ueberwachungsmassnahme in einer angemessenen Relation zur verfolgten Straftat stehen muss³⁹⁾. Im folgenden ist zu prüfen, wie sich die einzelnen Aspekte dieses Grundsatzes bei der Anordnung von Ueberwachungsmassnahmen auswirken.

36) Zwangsmittel sind dadurch charakterisiert, dass sie auf irgend eine Weise in die Freiheit des Einzelnen eingreifen; vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 185; Fäh, Die Zwangsmittel im st. gallischen Strafrechtspflegegesetz vom 9. August 1954, S. 6; Mönkehaus, Das Tonband im Strafverfahren, S. 185.

37) Vgl. BGE 99 Ia 749, 102 Ia 283 und 304, 107 Ia 149 ff., 109 Ia 280 f.; Hangartner, a.a.O., S. 85; Schwarzenbach, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 99; Bischofberger, Die Verfahrensgarantien der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozessrecht, S. 186; Saladin, a.a.O., S. 356; Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 247 f. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz; vgl. BGE 97 I 539; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 340.

38) Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt deshalb selbstverständlich sowohl bei der Ueberwachung zur Verfolgung eines Verbrechens als auch bei Vergehen; vgl. Huber P., a.a.O., S. 297; Foëx, a.a.O., S. 54; StenB NR 1977 S. 471, StR 1978 S. 298.

39) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 185 f.; Noll, Strafprozessrecht, S. 73; Hangartner, a.a.O., S. 85; Saladin, a.a.O., S. 355 f.; Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, S. 146.

aa) Proportionalität der Ueberwachung

Zuerst stellt sich für die Behörde, welche eine Ueberwachungsmassnahme anordnet, die Frage, ob diese Massnahme in der konkreten Situation einerseits geeignet und andererseits erforderlich ist, um den angestrebten Zweck zu erreichen ⁴⁰⁾.

aaa) Eignung

Geeignet ist eine Ueberwachungsmassnahme immer dann, wenn sie Erfolg verspricht ⁴¹⁾. Massgebliches Kriterium ist also, ob der Täter mittels Ueberwachung überführt oder gefasst werden kann ^{42, 43)}. Dabei darf es nicht bei der Bejahung der abstrakten Eignung sein Bewenden haben ⁴⁴⁾. Diese wird

40) Vgl. BGE 108 Ia 166; Schwarzenbach, a.a.O., S. 99; Knapp, a.a.O., S. 81.

41) Vgl. Hangartner, a.a.O., S. 36.

42) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 67.

43) Im Falle der präventiven Ueberwachung durch die Polizei (vgl. hinten S. 128 ff.) besteht der zu erreichende Zweck in der Verhütung der Straftat. Nicht anwendbar sind die Bestimmungen über die amtliche Ueberwachung, wenn eine entsprechende Massnahme weder der Verhütung noch der Aufdeckung einer Straftat dient, sondern einzig den Zweck hat, den Strafvollzug zu ermöglichen. Eine im Rahmen des Strafvollzuges angeordnete Ueberwachungsmassnahme ist daher grundsätzlich unzulässig; vgl. dazu den klaren Wortlaut von Art. 179 octies Abs. 2 StGB.

44) Vgl. Knapp, a.a.O., S. 80.

in der Mehrzahl der Fälle ohne weiteres gegeben sein ⁴⁵⁾. Zu prüfen ist vielmehr, ob die Ueberwachung unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles zum Ziel führen kann. Solche Umstände liegen namentlich dann vor, wenn es wahrscheinlich ist, dass der Täter in seinen Aeusserungen Dritten gegenüber auf die Tat Bezug nimmt. Sind mehrere Personen in irgend einer Weise an der Begehung der Straftat beteiligt, so ist dies regelmässig der Fall. Hier ist in erster Linie an Formen der Teilnahme an der Tat, etwa als Mittäter oder Gehilfe zu denken ⁴⁶⁾. Gewisse Delikte sind jedoch so beschaffen, dass auch bei einem Einzeltäter die hohe Wahrscheinlichkeit oder gar Gewissheit besteht, dass er mit weiteren Personen Kontakte unterhält, deren Ueberwachung dann zur Lösung des Falles einen entscheidenden Beitrag leisten kann ⁴⁷⁾. Schliesslich ist diese Eignung auch bei Beziehungsdelikten ohne weiteres zu bejahen, in

45) Die Eignung einer Ueberwachungs-massnahme an sich zur Ueberführung eines Straftäters wird kaum einmal von vorneherein absolut verneint werden können. In der Regel ist ja nicht auszuschliessen, dass sich der Täter durch irgendeine Aeusserung in Beziehung zur Tat setzt.

46) Im Vordergrund steht die bandenmässige Tat sowie das übrige Vorgehen in einer arbeitsteiligen Weise. Handelt es sich um Delinquenz im grossen Stil, so bezeichnet man dies gemeinhin als "organisiertes Verbrechen"; vgl. Huber P., a.a.O., S. 298; Peter, Geheimsphäre, S. 307.

47) Als Beispiele seien erwähnt: Die Kontakte des Erpressers, Serienbetrügers oder Ehrverletzungstäters mit seinem Opfer, des Hehlers mit dem Vortäter, des Rauschgifthändlers mit seinem Kunden.

denen die Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Täter mit dem Opfer selbst oder mit seinen Hinterbliebenen in Kontakt steht ⁴⁸⁾.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Ueberwachung immer dann als geeignete Massnahme zur Ueberführung des Täters erscheint, wenn anzunehmen ist, dass dieser in Zusammenhang mit seiner Tat mit weiteren Personen in Kontakt steht.

bbb) Erforderlichkeit

Wird die Eignung einer Ueberwachungs-massnahme im konkreten Fall grundsätzlich bejaht, so ist in einem nächsten Schritt deren Erforderlichkeit zu prüfen. Erheischt das Interesse an der Ueberführung des Täters die Anordnung der Ueberwachungs-massnahme? Ist die Ueberwachung notwendig zur Erreichung dieses Ziels? Geht sie nicht über das unbedingt Erforderliche hinaus ⁴⁹⁾? Es sind also das Interesse an der Ueberführung des Täters und die Schwere des Eingriffes in die Geheimsphäre des Verdächtigen gegeneinander abzuwägen. Die Ueberwachung ist im konkreten Fall so auszugestalten, dass sie imstande ist, den angestrebten Zweck zu erfüllen. Sie darf aber keinesfalls über das gesteckte Ziel hinausschies-sen ⁵⁰⁾. Dieser Grundsatz erfordert die Begrenzung der im

48) Vgl. dazu auch die vorne auf S. 24 ff. erstellte Statistik. 27 der 34 angeordneten Ueberwachungen lassen sich in eine der drei erwähnten Fallgruppen einordnen (Organisierte Begehung: 19 Fälle; Delikte mit notwendigen Aussenkontakten: 4 Fälle; Beziehungsdelikte: 4 Fälle).

49) Vgl. Knapp, a.a.O., S. 80.

50) Vgl. Schwarzenbach, a.a.O., S. 100; Hangartner, a.a.O., S. 86, bezeichnet diesen Grundsatz als Uebermassverbot.

einzelnen anzuordnenden Ueberwachungsmassnahme insbesondere in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht ⁵¹⁾.

aaaa) Sachliche Begrenzung

Das Delikt - sei es ein Verbrechen oder Vergehen - muss von einiger Schwere sein, um einen so gewichtigen Eingriff, wie ihn die Anordnung einer Ueberwachungsmassnahme darstellt, zu rechtfertigen. Es soll nicht mit Kanonen auf Spatzen geschossen werden ⁵²⁾.

Da es der Gesetzgeber bewusst vermieden hat, einen Katalog der "überwachungswürdigen" Delikte zu schaffen ⁵³⁾, wie dies ursprünglich angeregt wurde ⁵⁴⁾, ist es dem Ermessen der verfügenden Behörde überlassen, wann sie die Voraussetzung der genügenden Schwere des Delikts als gegeben erachtet. Dies ist einerseits bedauerlich, da damit eine saubere gesetzgeberische Lösung des Interessenkonfliktes zwischen den Persönlichkeitsrechten des Ueberwachten und dem Bedürfnis der staatlichen Gemeinschaft nach Schutz vor kriminellen Akten umgangen wird ⁵⁵⁾. Andererseits ist aber auch ver-

51) Hangartner, ebenda; Fleiner-Gerster, a.a.O., S. 146; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 343 f.

52) Vgl. Schwarzenbach, a.a.O., S. 100; StenB NR 1977 S. 471; BGE 109 Ia 286 ff.

53) Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 307; StenB Nr. 1977 S. 471.

54) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 66 f.; Schaumann, Persönliche Freiheit und neue Strafuntersuchungsmethoden, S. 133 f.

55) Vgl. StenB NR 1977 S. 467 ff., StR 1978 S. 292 ff.; Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 982 f.

ständig, dass die Unzulänglichkeiten einer kasuistischen Gesetzestechnik nicht in Kauf genommen werden wollten. Die zur Anordnung der Ueberwachung befugte Behörde trägt so jedenfalls einen erheblichen Teil der natürlicherweise dem Gesetzgeber zukommenden Verantwortung. Der Umstand, dass den Strafverfolgungsbehörden ein derart weiter Ermessensspielraum eingeräumt wurde, zeugt indessen vom Vertrauen des Gesetzgebers in das von rechtsstaatlichem Ethos geprägte Pflichtbewusstsein der entsprechenden Organe^{56, 56a)}.

Bei der Ausübung des Ermessens ist die Schwere der Tat an der besonderen Schwere des Eingriffes in die Persönlichkeitsrechte des Ueberwachten zu messen⁵⁷⁾. Sie zwingt die anordnende Behörde zu äusserster Zurückhaltung⁵⁸⁾. Eine

56) Vgl. StenB NR 1977, S. 472 und 479. Nationalrat Allgöwer hat dazu in der Eintretensdebatte wörtlich ausgeführt: "Wir wählen die Leute unseres Vertrauens in bestimmte Funktionen. In diesen Funktionen sollen sie ihre Kompetenzen haben. Bis zum Beweis des Gegenteils bringen wir den Gewählten Vertrauen entgegen."

56a) Vgl. Pr 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 228.

57) Die besondere Schwere des Eingriffs liegt namentlich in dessen Heimlichkeit. Der Ueberwachte hat deshalb keinerlei Möglichkeit, der Ueberwachung während ihrer Dauer zu entgehen oder sie auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen; vgl. Noll, Ueberwachung, S. 46 f. Vgl. dazu auch Pfenninger, Leitprinzipien, S. 38 ff.

58) Wie aus der geringen Anzahl der jährlich im Kanton St. Gallen angeordneten Ueberwachungen hervorgeht, sind die zuständigen Organe bisher in der Tat zurückhaltend gewesen. Der Anstieg der Ueberwachungen im Jahre 1983 ist darauf zurückzuführen, dass diese Massnahme damals insgesamt sieben Mal gegen ein international und in verschiedenen Deliktsbereichen tätiges Ehepaar angeordnet wurde. Ohne das Jahr 1983 beträgt die durchschnittliche Anzahl Ueberwachungen 4 pro Jahr. Vgl. Tabelle vorne S. 24 ff.

befriedigende positive Umschreibung der Fälle, in denen eine Ueberwachung verfügt werden kann, ist nicht möglich. Immerhin ist m.E. zu fordern, dass die Tat umso schwerer sein muss, je weniger sie sich von ihrer Eigenart her - intensive und häufige Aussenkontakte des Täters ⁵⁹⁾ - zur Ueberwachung eignet. Wiegt die Tat an sich ausserordentlich schwer ⁶⁰⁾, kann sogar eine eher geringe Wahrscheinlichkeit, den Fall mittels einer Ueberwachungsmassnahme zu lösen, deren Anordnung rechtfertigen. Umgekehrt darf eine Ueberwachung auch bei einer weniger schweren - niemals aber leichten! - Tat verfügt werden, bei der sich aufgrund ihrer Eigenart ⁶¹⁾ die Ueberwachung geradezu aufdrängt. Mittels negativer Umschreibung ist indessen klarzustellen, dass etwa einfache Betrüge, Diebstähle oder Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 des Betäubungsmittelgesetzes ⁶²⁾, wenn nicht eine sehr hohe Deliktsumme auf dem Spiele steht, wohl niemals Anlass zur Anordnung einer Ueberwachungsmassnahme sein können ⁶³⁾.

59) Vgl. vorne S. 34 f.

60) Zu denken ist an eigentliche Kapitalverbrechen wie z.B. Mord.

61) Im Vordergrund steht die organisierte Begehung mit einer Vielzahl von Tätern. Vgl. Huber P., a.a.O., S. 298; Peter, Geheimsphäre, S. 307.

62) SR 812.111

63) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 66.

bbbb) Räumliche Begrenzung

Der zu überwachende Bereich ist räumlich so weit wie möglich einzuschränken ⁶⁴⁾. Die Befolgung dieses Grundsatzes bietet im Normalfall keine Schwierigkeiten. Die zuständige Behörde wird nämlich bestrebt sein, das Verhältnis zwischen "Aufwand" und "Ertrag" der Ueberwachung möglichst günstig zu gestalten, was ebenfalls zu einer räumlichen ⁶⁵⁾ Begrenzung führt. Im konkreten Fall ist darauf zu achten, dass, wenn möglich, von mehreren in Frage kommenden Oertlichkeiten nur jene Ziel von Ueberwachungsmassnahmen sind, bei denen sich mit grosser Wahrscheinlichkeit aussagekräftige Ueberwachungsergebnisse einstellen werden. So ist beispielsweise von einer weit verzweigten kriminellen Organisation in der Regel nur deren Hauptsitz zu überwachen oder sind technische Ueberwachungsgeräte in den üblichen Aufenthaltsräumen - etwa dem Sitzungs- oder Wohnzimmer - und nicht im Bade- oder Schlafzimmer anzubringen.

cccc) Zeitliche Begrenzung

Die Ueberwachung darf nicht länger dauern als es ihr Zweck unbedingt erfordert ⁶⁶⁾. Dieser Grundsatz ist ausdrücklich

64) Vgl. Hangartner, a.a.O., S. 86; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 343.

65) Dieses Streben der Strafverfolgungsbehörden nach effizientem Einsatz ihrer Mittel wird selbstverständlich auch eine Begrenzung der Ueberwachung in zeitlicher und persönlicher Hinsicht begünstigen.

66) Vgl. Hangartner, a.a.O., S. 86; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 343 f.; BJM 1984 S. 220 f.

im Gesetz ⁶⁷⁾ verankert ⁶⁸⁾. Eine zeitliche Begrenzung ist nun nicht nur in der Weise möglich, dass die Ueberwachung generell für einen bestimmten Zeitraum mit einer unbestimmten Anzahl von zu überwachenden Ereignissen angeordnet wird. Dies ist etwa der Fall, wenn ein Telefonanschluss während einer gewissen Zeit abgehört wird. Vorstellbar ist auch, dass sich die Ueberwachung zeitlich von vorneherein auf ein einziges Ereignis - z.B. eine Versammlung - beschränkt.

dddd) Persönliche Begrenzung

Der Kreis der überwachten Personen ist so klein wie möglich zu halten ⁶⁹⁾. Daraus ergeben sich drei Folgerungen: Die Ueberwachung mehrerer Personen ist unzulässig, wenn das verfolgte Ziel bereits durch die Ueberwachung einer einzelnen oder weniger einzelner Personen erreicht werden kann. Sodann hat sich die Ueberwachung gegen jene Person zu richten, bei der sie am ehesten Erfolg verspricht ⁷⁰⁾. Dies be-

67) Vgl. Art. 114b Abs. 2 und 114e StP: Die Ueberwachungsverfügung ist nach diesen Bestimmungen längstens sechs Monate gültig, kann aber um jeweils sechs Monate verlängert werden. Der Untersuchungsrichter hat die Ueberwachung indessen auch vor Ablauf dieser Frist einzustellen, sobald sie nicht mehr notwendig ist oder seine Verfügung aufgehoben wird.

68) Vgl. auch hinten S. 83 ff.

69) Vgl. Hangartner, a.a.O., S. 86; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 344.

70) Vgl. Imboden/Rhinow, ebenda.

deutet beispielsweise, dass von mehreren Tätern, welche bandenmässig oder sonstwie organisiert zusammenwirken, in der Regel nur die Haupttäter ⁷¹⁾ überwacht werden und nicht jene, die innerhalb der Organisation eine völlig untergeordnete Stellung einnehmen. Gegebenenfalls kann indessen auch ein solcher Täter überwacht werden, dann nämlich, wenn er zwar nicht mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet ist, jedoch bei ihm eine Vielzahl massgeblicher Informationen zur Klärung des Falles zusammenkommen ⁷²⁾. Scheint schliesslich die Ueberwachung sowohl gegen einen Täter als auch gegen einen unbeteiligten Dritten ⁷³⁾ erfolgversprechend, so ist der Täter und nicht der Dritte zu überwachen ⁷⁴⁾.

bb) Subsidiarität der Ueberwachung

Die Ueberwachung darf nur angeordnet werden, wenn "die notwendigen Ermittlungen ohne die Ueberwachung wesentlich erschwert würden oder andere Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind" ⁷⁵⁾. Damit hält das Gesetz das sog. Subsidi-

71) Darunter sind namentlich die sog. "Drahtzieher" zu verstehen.

72) Zu denken ist insbesondere an Personen, die eigentliche Kurierdienste wahrnehmen oder etwa als Zwischenhändler in einem Drogenring auftreten.

73) Vgl. hinten S. 53 ff.

74) Die Ueberwachung einer nicht als Täter verdächtigen Drittperson ist zwar nach Art. 114a StP grundsätzlich möglich; vgl. hinten S. 53 ff. Der Eingriff in deren Privatsphäre ist indessen so gravierend, dass von dieser gesetzlichen Möglichkeit nur mit äusserster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden darf; vgl. Schaumann, a.a.O., S. 133. Huber H., Das Post-, Telegraphen- und Telephongeheimnis und seine Beschränkung für Zwecke der Strafrechtspflege, in SJZ 1955, Bd. 51, S. 169.

75) Art. 114 Ziff. 3 StP

diaritätsprinzip fest ⁷⁶⁾. Unabhängig davon, ob man diesen Grundsatz als selbständige Voraussetzung für jede Grundrechtsbeschränkung ⁷⁷⁾ oder als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzipes ⁷⁸⁾ betrachtet, würde er auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz gelten ⁷⁹⁾.

Das Subsidiaritätsprinzip besagt zweierlei ⁸⁰⁾: Zum einen stellt sich die Frage, ob eine an sich geeignete und erforderliche Ueberwachungsmassnahme im konkreten Fall nicht in so schwerwiegender Weise in Persönlichkeitsrechte des Ueberwachten eingreift, dass auf deren Anordnung verzichtet werden muss. Zum andern ist zu prüfen, ob von den geeigneten und erforderlichen Massnahmen keine in Frage kommt, die weniger einschneidend ist als die Ueberwachung.

Der Gesetzestext selbst veranschaulicht, wie der Grundsatz der Subsidiarität zu handhaben ist. Besteht trotz ergebnislos verlaufenen Untersuchungshandlungen, wie z.B. Verhör des Angeschuldigten, Einvernahme von Zeugen oder Hausdurchsuchung, weiterhin ein erheblicher Tatverdacht ⁸¹⁾, kann die

76) Vgl. Tschumper, a.a.O., S. 86; Huber P., a.a.O., S. 296; BB1 1976 I, S. 572; BGE 109 Ia 288.

77) Vgl. Saladin, a.a.O., S. 355 f.; Fleiner-Gerster, a.a.O., S. 147.

78) Vgl. Knapp, a.a.O., S. 80.

79) Vgl. vorne S. 31 f. Der eidgenössische Gesetzgeber hat der ausdrücklichen Erwähnung jedoch grosse Bedeutung beigemessen; vgl. StenB 1977 NR S. 471.

80) Vgl. Knapp, a.a.O., S. 80.

81) Vgl. hinten S. 51 ff.

Ueberwachung angeordnet werden⁸²⁾. Kommen andere Untersuchungshandlungen von vorneherein nicht in Frage^{82a)}, darf überwacht werden, wenn ohne Ueberwachung die Ueberführung des Täters verunmöglicht oder doch wesentlich erschwert würde⁸³⁾. Im einen wie im andern Fall ist überdies immer abzuklären, ob das Interesse an der Klärung des Falles die Schwere des Eingriffes mindestens aufzuwiegen vermag. Kann diese Frage nicht bejaht werden, muss auf die Ueberwachung gänzlich verzichtet werden.

Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzipes für die Ueberwachung erschöpft sich indessen noch nicht im eben Gesagten. Es erfährt eine weitere Ausgestaltung, welche in der speziellen Natur der Ueberwachung gründet. Zwar will die Ueberwachung in der Regel^{83a)} zur Klärung eines Deliktes bei-

82) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 68: "Die Ueberwachungseingriffe dürfen nur als letztes von allen möglichen Mitteln eingesetzt werden."

82a) Dies ist z.B. der Fall, wenn der Kontakt des Erpressers mit seinem Opfer nur telefonisch stattfindet und einzig die Ueberwachung des Telefonanschlusses des Verdächtigen Erfolg verspricht. Generell wird die Ueberwachung namentlich dann die einzig mögliche Untersuchungshandlung sein, wenn etwa wegen des Bestehens einer weitverzweigten Verbrecherorganisation unbedingt vermieden werden muss, dass der Verdächtige von dem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren Kenntnis erlangt; andere - dem Täter nicht verborgen bleibende - Untersuchungshandlungen würden in solchen Fällen ernsthafte Kollusionsgefahr (vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 188 f.) schaffen.

83) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 298.

83a) Eine Ausnahme bildet diesbezüglich die präventive Ueberwachung gemäss Polizeigesetz zur Verhütung eines Deliktes.

tragen, das bereits geschehen ist. Beweismässig gesichert werden aber sollen damit Vorgänge, die sich erst in der Zukunft abspielen und die dann Rückschlüsse auf das begangene Delikt ermöglichen. Die Ueberwachung ist in diesem Sinne zukunfts- und nicht vergangenheitsorientiert⁸⁴⁾. Auf Vorgänge, die bereits geschehen sind und Unterlagen, die schon vorliegen, muss auf andere Weise als mittels Ueberwachung gegriffen werden. So vermag ein bereits aufgenommenes Telefongespräch nicht Gegenstand einer Ueberwachungs-massnahme zu sein, sondern das Band muss allenfalls beschlagnahmt werden⁸⁵⁾. Angeordnet kann regelmässig nur die Ueberwachung künftiger Gespräche werden, die dann abzuhören und aufzuzeichnen sind.

84) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 296 f.

85) Der Präsident der st. gallischen Anklagekammer hatte gemäss persönlicher Auskunft das Gesuch eines Untersuchungsrichters zu behandeln, mit welchem die Genehmigung gemäss Art. 114c StP verlangt wurde, um einen sich bereits in der Hand des Untersuchungsrichters befindlichen Brief an einen Tatverdächtigen für die Zwecke der Strafuntersuchung zu verwenden. Der Präsident der Anklagekammer ist auf das Gesuch nicht eingetreten. Begründet hat er diesen Entscheid sinngemäss damit, dass der Untersuchungsrichter den Brief ja bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen beschlagnahmen könne, wozu keine Genehmigung erforderlich sei. Die Ueberwachung des Postverkehrs aber könne sich nur auf solche Sendungen beziehen, auf welche der Untersuchungsrichter noch keinen Zugriff habe und die erst künftig in den Postverkehr gelangen. Vgl. dazu auch Huber P., a.a.O., S. 296.

b) Ueberwachung bei Uebertretungen

aa) Missbrauch des Telefons

Wie erwähnt ⁸⁶⁾, ist die Ueberwachung bei Uebertretungen nicht generell, sondern nur ausnahmsweise statthaft. Das st. gallische Prozessrecht lässt den Eingriff zu, wenn "Missbrauch des Telefons" verfolgt wird ⁸⁷⁾. Der Bundesgesetzgeber hingegen erklärt die Ueberwachung bei einer "mit Hilfe des Telefons begangenen Straftat" als zulässig ⁸⁸⁾.

Man kann sich nun fragen, ob mit diesen unterschiedlichen Formulierungen auch unterschiedliche Bereiche des materiellen Strafrechts gemeint sind, in denen die Ueberwachung möglich sein soll. Eine Antwort auf diese Frage ist nur auf dem Wege der Auslegung zu finden. Ziel der Auslegung ist es, den wahren Sinn ⁸⁹⁾ der beiden unterschiedlichen Formulierungen zu ermitteln, um sie dann miteinander zu vergleichen.

Auszugehen ist dabei vom Wortlaut des Gesetzes ⁹⁰⁾. Stellt man die Formulierungen in Bund und Kanton St. Gallen einan-

86) Vgl. vorne S. 31.

87) Vgl. Art. 114 Ziff. 1 StP.

88) Vgl. Art. 179 octies Abs. 2 StGB und 66 Abs. 1 lit. a BStP.

89) Vgl. Germann, Gesetzesauslegung, S. 89; Hauser, Strafprozessrecht, S. 25; Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 37; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 37; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 84 ff.

90) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 39; Germann, Gesetzesauslegung, S. 89.

der gegenüber, so geht die bundesrechtliche Lösung weiter als die kantonalrechtliche. Während die Ueberwachung im Bund für sämtliche mit Hilfe des Telefons begangenen Straftaten zulässig scheint, ist dies nach dem Wortlaut von Art. 114 Ziff. 1 StP auf kantonomer Ebene im Bereich der Uebertretungen nur möglich, wenn die Tatbestandsmerkmale von Art. 179 septies StGB erfüllt sind. Das Marginale dieses Art. 179 septies StGB lautet nämlich "Missbrauch des Telefons" und stimmt exakt mit der Formulierung in der st. gallischen Strafprozessordnung überein. Die grammatikalische Auslegung allein darf jedoch nicht massgebend sein. Hinzu kommen muss das historische Auslegungselement⁹¹⁾. Es stellt sich namentlich die Frage, wie der Gesetzgeber selbst sein Werk bei dessen Schaffung interpretiert hat. Hier gelangt man nun zu folgenden Schlüssen:

Was den Kanton St. Gallen betrifft, so hat anlässlich der ersten Lesung des Gesetzes im Grossen Rat der Kommissionspräsident betont, mit der Formulierung "Missbrauch des Telefons" solle zum Ausdruck gebracht werden, dass Ueberwachungsmassnahmen bei Uebertretungen nur dann zulässig seien, wenn der Tatbestand von Art. 179 septies StGB in Frage komme⁹²⁾. Im Kanton St. Gallen ist die Rechtslage somit klar. Der Wortlaut von Art. 114 Ziff. 1 StP stimmt genau mit den Intentionen des Gesetzgebers überein. Dies bedeutet, dass im Bereich des Uebertretungsstrafrechts nur abgehört werden darf, wenn strafbare Handlungen nach Art. 179 septies StGB verfolgt werden.

91) Vgl. Hauser/Rehberg, ebenda; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 35.

92) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 983 f.; Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 15 f.

Weniger eindeutig ist die Situation auf Bundesebene. Im Bericht der nationalrätlichen Kommission wird zwar die Ausnahmeregelung von Art. 179 octies Abs. 2 StGB mit dem Straftatbestand des Missbrauchs des Telefons in Beziehung gesetzt⁹³⁾. Aus dem Kommissionsbericht geht jedoch nicht hervor, ob mit der Erwähnung von Art. 179 septies StGB ein - gewiss den Hauptanwendungsfall bezeichnendes - Beispiel angeführt oder der Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung abschliessend umschrieben werden soll. Klarheit bringt erst das Votum von Bundespräsident Furgler im Nationalrat⁹⁴⁾. Aus diesem Votum geht hervor, dass Art. 179 septies StGB zwar den Hauptanwendungsfall bildet, die Ueberwachung bei Uebertretungen indessen nicht nur auf diesen Straftatbestand beschränkt ist⁹⁵⁾.

93) Vgl. BBl 1976 I, S. 572. Wörtlich wird dort ausgeführt: "Eine Ausnahme gilt für Straftaten, die mit dem Telefon begangen werden: Hier ist die Telefonabhörung auch wegen Uebertretungen zulässig (Art. 179 septies StGB)."

94) Vgl. StenB 1977 NR S. 479. Wörtlich heisst es an dieser Stelle: "Der Entwurf der Kommission bringt grundsätzlich eine Erweiterung auf alle Verbrechen und Vergehen sowie auf mit dem Telefon begangene Uebertretungen (insbesondere Artikel 179 septies StGB, Missbrauch des Telefons)."

95) Ebenso Huber P., a.a.O., S. 298; vgl. auch die vorsichtige Formulierung von Peter, Geheimsphäre, S. 307. Im eidgenössischen Recht - das Gesetz spricht in Art. 179 octies Abs. 2 StGB und 66 Abs. 1 lit. a BStP in allgemeiner Form von "Straftaten" - gilt die Ausnahmeregelung auf Bundesebene nicht nur für Uebertretungen, sondern auch für minder schwere, mit Hilfe des Telefons begangene Verbrechen und Vergehen, bei welchen die vorne auf S. 31 ff. dargestellten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Damit gelangt man sowohl mittels grammatikalischer wie auch mittels historischer Auslegung zum gleichen Resultat: Die Regelungen in Bund und im Kanton St. Gallen stimmen nicht überein. Der Kanton St. Gallen hat die Zulässigkeit von Ueberwachungsmaßnahmen auf Uebertretungen gemäss Art. 179 septies StGB ⁹⁶⁾ beschränkt und damit den ihm vom Bundesrecht zur Verfügung gestellten gesetzgeberischen Spielraum nicht voll ausgeschöpft ^{97, 98)}.

bb) Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt auch für Ueberwachungen zur Verfolgung von Uebertretungen. Dies geht zwar aus dem Gesetzestext nicht zwingend hervor. Nach Art. 114 Ziff. 1 StP ist die Ueberwachung zulässig, wenn "ein Verbrechen oder ein Vergehen, dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertigt" oder "Missbrauch des Telefons" verfolgt wird. Aufgrund des Wortlautes läge der Schluss nahe,

96) Darstellungen dieses Tatbestandes finden sich bei Noll, Besonderer Teil I, S. 97 f.; Rehberg, Grundriss Strafrecht III, S. 134; Schubarth, Kommentar zu Art. 179 septies StGB; Stratenwerth, Besonderer Teil I, S. 168 f.

97) Dies ist m.E. zulässig. Ebenso mit überzeugender Begründung Schubarth, Kommentar, N. 6 zu Art. 179 octies/400 bis StGB. Anderer Meinung Foëx, a.a.O., S. 65.

98) Die praktische Bedeutung dieser Beschränkung ist allerdings gering. Mit Hilfe des Telefons gesetzte Uebertretungstatbestände werden in der überwiegenden Anzahl der Fälle unter Art. 179 septies StGB zu subsumieren sein.

dass die Schwere ⁹⁹⁾ der Straftat für den Entscheid über die Anordnung der Ueberwachung nur bei Verbrechen und Vergehen, nicht aber bei Uebertretungen eine Rolle spielen würde. Da der Grundsatz der Verhältnismässigkeit aber als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz für die Anordnung jeder Zwangsmassnahme massgeblich ist, muss er selbstverständlich auch bei der Ueberwachung zur Verfolgung einer Uebertretung gelten ¹⁰⁰⁾.

Bei der Anordnung der Ueberwachung ist demzufolge auch hier zu untersuchen, ob sie erforderlich ¹⁰¹⁾ ist und ob ihr nicht eine andere Untersuchungshandlung vorzuziehen ist ¹⁰²⁾. Es muss insbesondere sorgfältig geprüft werden, ob die Schwere der Tat im konkreten Fall eine Ueberwachungsmassnahme rechtfertigt ¹⁰³⁾. Je schwerer die Belästigung für das Opfer wiegt, desto eher ist die Ueberwachung anzuordnen. Dabei wird die notwendige Schwere der Tat immer dann erreicht sein, wenn das Interesse des Opfers an der Klärung des Falles besonders gross ist, weil es z.B. sehr unter der Be-

99) Das Kriterium der Eigenart ist immer erfüllt und liegt im Wesen dieser Uebertretung begründet. Für den Tatbestand des Missbrauchs des Telefons wurde ja gerade wegen seiner Eigenart eine Ausnahme von der Regel geschaffen, dass nur bei Verbrechen und Vergehen überwacht werden kann.

100) Vgl. vorne S. 31 f.

101) Vgl. vorne S. 35 ff.

102) Vgl. vorne S. 41 ff. Wird z.B. das Opfer durch anonyme Telefonanrufe belästigt, so kann es in vielen Fällen genügen, wenn mit Hilfe der PTT festgestellt wird, woher die Anrufe kommen. Der Inhaber des betreffenden Anschlusses muss dann als mutmasslicher Täter verhört werden, bevor sein Anschluss allenfalls doch noch überwacht wird.

103) Vgl. vorne S. 36 ff.

einträchtigung leidet oder die Belästigung durch den Täter bereits eine gewisse längere Zeit andauert ¹⁰⁴⁾.

2. Objekte der Ueberwachung

Die Ueberwachung kann sich sowohl gegen den Angeschuldigten oder Verdächtigen ¹⁰⁵⁾ als auch gegen Drittpersonen ¹⁰⁶⁾ richten ¹⁰⁷⁾. Die Voraussetzungen hiefür sind allerdings völlig unterschiedlich und bedürfen einer eingehenden Behandlung.

a) Ueberwachung von Angeschuldigten oder Verdächtigen

aa) Begriffliches

Die st. gallische Strafprozessordnung bezeichnet einen Straftäter, gegen den eine Strafuntersuchung eröffnet wurde, als "Angeschuldigten" ¹⁰⁸⁾. Wenn das Gesetz nun in Art. 114a Abs. 1 StP von "Verdächtigen" spricht und diese begrifflich

104) Ueberwachungsmassnahmen zur Verfolgung von Uebertretungen (Missbrauch des Telefons) werden in der Praxis nur selten beim Anschluss des Täters angeordnet werden müssen. Meist genügt es, den Anschluss des Täters festzustellen (vgl. vorne S. 49 Anm. 102). Führt dies nicht zum Erfolg, kann immer noch mit Einwilligung des Opfers dessen Telefonanschluss abgehört werden, bevor dann schliesslich als allerletzte der möglichen Massnahmen das Telefon des mutmasslichen Täters überwacht wird; vgl. aber hinten S. 169 ff.

105) Vgl. nachstehend a).

106) Vgl. nachstehend b).

107) Vgl. Art. 114a StP.

108) Vgl. Locher, Die Zusammenarbeit zwischen Untersuchungsrichter und Polizei im st. gallischen Strafprozess, S. 37.

von den "Angeschuldigten" abhebt, so können damit nur Personen gemeint sein, gegen die noch keine Strafuntersuchung eröffnet wurde. Im st. gallischen Recht ist nun jedoch keine formelle Eröffnungsverfügung notwendig, damit eine Untersuchung als eröffnet gilt. Es ist dies vielmehr immer schon dann der Fall, wenn unter anderem vom Untersuchungsrichter eine Zwangsmassnahme angeordnet wird¹⁰⁹⁾. Die ausdrückliche Erwähnung der "Verdächtigen" im Gesetz bedeutet demnach, dass eine als Täter in Frage kommende Person überwacht werden kann, ohne dass gegen sie vorgängig bereits eine Strafuntersuchung eröffnet wurde. Mit der Anordnung der Ueberwachungsmassnahme wird sie dann allerdings vom "Verdächtigen" zum "Angeschuldigten" ¹¹⁰⁾.

bb) Voraussetzungen

Die Ueberwachung von Angeschuldigten oder Verdächtigen ist nur möglich, wenn "bestimmte Tatsachen die zu überwachende Person als Täter oder Teilnehmer verdächtig machen" ¹¹¹⁾.

109) Locher, a.a.O., S. 109, bietet eine vollständige Zusammenstellung aller Untersuchungshandlungen, die eine Eröffnung der Untersuchung bewirken. Dazu gehört auch die Anordnung einer Ueberwachungsmassnahme. Polizeiliches Handeln bewirkt hingegen nie direkt eine Eröffnung der Untersuchung.

110) Eine Ausnahme besteht lediglich in den Fällen, da sich Beamte oder Behördemitglieder in bezug auf ihre Amtsführung strafbar machen. Dann bedarf es nämlich gemäss Art. 10 Abs. 2 StP eines Entscheides der Anklagekammer über die Eröffnung eines Strafverfahrens. Bis zu diesem Entscheid bleiben die überwachten Beamten oder Behördemitglieder also "Verdächtige". Der Untersuchungsrichter darf vorgängig keine Ueberwachungsmassnahme anordnen, weil er ja damit nach st. gallischem Recht ein Strafverfahren eröffnen würde; dazu jedoch ist er nicht befugt.

111) Art. 114 Ziff. 2 StP.

Es müssen also bestimmte Tatsachen feststehen, welche den Verdacht begründen, dass die betreffende Person an der Begehung einer "überwachungswürdigen" Straftat mitgewirkt hat.

Von Verdacht spricht man, sobald aufgrund von Wahrnehmungen konkrete Anzeichen festgestellt werden, die nach der Erfahrung strafbares Handeln als möglich erscheinen lassen ¹¹²⁾. Die Wahrnehmungen der Strafuntersuchungsorgane dürfen dabei keinesfalls nur gefühlsmässiger Art sein ¹¹³⁾, sondern müssen konkrete Anhaltspunkte betreffen, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen einer strafbaren Handlung und die Täterschaft des Ueberwachten sprechen ¹¹⁴⁾. Die Ueberwachung darf daher niemals dazu dienen, einen Verdacht erst zu begründen ¹¹⁵⁾. Sowohl was die Tathandlung als auch was die Täterschaft betrifft, muss er im massgeblichen Zeitpunkt der Anordnung der Ueberwachung hinreichend konkretisiert sein. Objekt der Ueberwachung muss demzufolge eine bestimmte Person oder ein Personenkreis sein, dessen einzelne Mitglieder wiederum bestimmt sind. Der Tatvorwurf muss überdies einen abgegrenzten Deliktsbereich betreffen, wobei es in der Natur der Sache liegt, dass er bei Anordnung der Ueberwachung noch nicht exakt umschrieben werden kann.

112) Vgl. Bauer, Moderne Verbrechensbekämpfung, Bd. 2, S. 37.

113) Vgl. Bauer, ebenda.

114) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 188; Noll, Strafprozessrecht, S. 74. Die Anforderungen an die Intensität des Verdachtes entsprechen damit jenen von Art. 53 Abs. 1 StP zur Eröffnung eines Strafverfahrens.

115) Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 307; StenB NR 1977, S. 470; Pr. 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 228; BGE 109 Ia 287 f.

Immerhin vermag ein allgemeiner Verdacht des strafbaren Handelns ganz sicher nicht zu genügen^{115a)}.

Nach dem klaren Gesetzestext nicht erforderlich ist - und hierin unterscheidet sich die Ueberwachung von der Verhaftung¹¹⁶⁾ -, dass der Tatverdacht ein dringender ist¹¹⁷⁾. Andererseits vermag aber auch ein Verdacht nicht zu genügen, der die Verurteilung des Ueberwachten bloss als möglich erscheinen lässt¹¹⁸⁾. Der Verdacht muss so erheblich sein, dass die Zweifel an dessen Richtigkeit nicht überwiegen.

b) Ueberwachung von Drittpersonen

Drittperson im Sinne dieser Bestimmung ist jeder, der nicht selbst verdächtigt oder angeschuldigt wird, eine "überwa-

115a) So erscheint es als ausreichend, wenn der Informant A den Untersuchungsbehörden erklärt, er habe verschiedene Hinweise aus der Unterwelt erhalten, dass sich X im grossen Stil als Hehler betätige. Ebenso genügt es, wenn der begründete Verdacht besteht, dass Y schwere Wirtschaftsdelikte begeht; nicht nötig ist, dass bereits klar ist, ob Betrug oder Veruntreuung vorliegt. Wenn jedoch B auf dem Polizeiposten vorspricht und zu Protokoll gibt, im Hause Nr. 13 in seiner Nachbarschaft halte sich seit einiger Zeit eine Anzahl junger Leute auf, bei denen etwas nicht stimme und die er des Umganges mit Betäubungsmitteln verdächtige, so rechtfertigt dies allein eine Ueberwachungsmassnahme keinesfalls.

116) Vgl. Art. 92 Abs. 1 StP.

117) Vgl. dazu Fäh, a.a.O., S. 19, der bezüglich des dringenden Tatverdachts im Falle der Verhaftung fordert, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Verurteilung des Täters gegeben sein müsse.

118) Dies folgt m.E. schon aus der Formulierung von Art. 114 Ziff. 2 StP, der vorschreibt, dass sich der Verdacht auf bestimmte Tatsachen zu stützen hat.

chungswürdige" Tat begangen zu haben¹¹⁹⁾. Die Möglichkeit der Ueberwachung von Drittpersonen hat Eingang ins Gesetz gefunden, obwohl sie aus rechtsstaatlichen Ueberlegungen lange Zeit sehr umstritten war¹²⁰⁾.

aa) Regel

"Die Ueberwachung von Drittpersonen ist zulässig, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass sie für den Angeschuldigten oder den Verdächtigen Mitteilungen entgegennehmen oder weiterleiten oder dass der Angeschuldigte oder der Verdächtige ihren Telefonanschluss benutzt." 121, 122)

Die Ueberwachung von Drittpersonen ist nur unter bestimmten, genau umschriebenen Voraussetzungen zulässig. So muss zuallererst ein Verdächtiger oder Angeschuldigter vorhanden sein¹²³⁾, zu welchem die Drittperson in einer der vom Ge-

119) Vgl. Bericht der Kommission des Nationalrates vom 31. Oktober 1975, in BBl 1976 I S. 565.

120) Vgl. Huber H., a.a.O., S. 169; Noll, Ueberwachung, S. 68 f.; Schaumann, a.a.O., S. 133.

121) Art. 114a Abs. 1, 2. Satz StP

122) Von den 34 seit 1979 angeordneten Ueberwachungsmassnahmen richteten sich insgesamt 13 gegen Drittpersonen; vgl. die Zusammenstellung vorne auf S. 24 ff. Davon betraf eine die Abhörung einer öffentlichen Telefonkabine; vgl. hinten S. 55 f.

123) Vgl. vorne S. 50 ff. Diese selbstverständliche Voraussetzung geht für das Bundesrecht aus Art. 66 Abs. 1 bis BStP deutlicher hervor als aus Art. 114a der st. gallischen StP.

setz erwähnten Beziehung steht. Diese bestehen darin, dass die Drittperson vom Verdächtigen oder Angeschuldigten Mitteilungen irgendwelcher Art ¹²⁴⁾ entgegennimmt oder weiterleitet oder dass der zu überführende Täter den Telefonanschluss der Drittperson benützt.

Was die Entgegennahme oder Weiterleitung von Mitteilungen betrifft, so kann die Rolle der Drittperson eine aktive oder passive sein. Bedeutungslos ist, ob sie sich selbst strafbar macht ¹²⁵⁾ oder straflos bleibt, weil sie entweder keinen Beitrag zur deliktischen Tätigkeit des andern leistet oder ihr dies nicht bewusst wird. In bezug auf die Benützung des Telefonanschlusses der Drittperson durch den Täter gilt, dass nach dem Gesetzestext ein blosses "Benützen" genügt; nicht erforderlich ist ein "Zur Verfügung stellen". Gleichgültig ist also, ob die Drittperson weiss, dass der Täter ihren Anschluss verwendet ¹²⁶⁾. Es ist daher auch die Ueberwachung z.B. einer öffentlichen Telefonkabine zulässig,

124) Die Mitteilungen brauchen sich nicht unmittelbar auf die Tat zu beziehen. Auch Mitteilungen über den Aufenthalt des Täters gehören dazu. Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 307.

125) Z.B. der Begünstigung oder Gehilfenschaft, wobei die betreffende Person in diesen Fällen regelmässig selbst als Angeschuldigte oder Verdächtige Objekt der Ueberwachung werden kann; vgl. hinten S. 60.

126) Vgl. auch die diesbezüglich gleiche*Regelung in Art. 66 Abs. 1 bis BStP sowie Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 18.

wenn sich erweist, dass der Täter den betreffenden Anschluss benützt 127).

Die Aufzählung dieser Beziehungen zwischen Täter und Drittperson, welche eine Ueberwachung grundsätzlich zu rechtfertigen vermögen, ist abschliessend 128).

127) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 300; vorne S. 54, Anm. 122; BGE 109 Ia 292. Daran hat der Gesetzgeber wohl nicht gedacht. Er wollte in erster Linie den typischen Fall regeln, in welchem ein Verdächtiger den Anschluss einer unbeteiligten Privatperson benützt. "Dritter" im Sinne des Gesetzes ist jedoch jeder Inhaber eines Telefonanschlusses, der nicht selbst als Täter verdächtig ist, also auch etwa eine juristische Person des Privatrechts oder eben die PTT als Inhaberin einer öffentlichen Telefonkabine. Man könnte nun auch in Betracht ziehen, die Ueberwachung einfach mit Einwilligung der PTT als Inhaberin des Anschlusses (vgl. hinten S. 169 ff.) und unter Umgehung des Verfahrens von Art. 114 ff. StP/50 f. PG anzuordnen. Da jedoch bei der Ueberwachung eines öffentlichen Telefonanschlusses gezwungenermassen neben dem Verdächtigen auch eine Vielzahl völlig unbeteiligter Personen abgehört wird, die naturgemäss nicht um ihre Einwilligung ersucht werden können und der Zweck der Telefonkabine gerade darin besteht, dass nicht die PTT als "Dritte", sondern das breite Publikum sie benützt, darf auf die richterliche Genehmigung der Ueberwachung nicht verzichtet werden. Die Bestimmungen von Art. 114 ff. StP/50 f. PG müssen somit analog auch zum Schutze dieser Personen, die nicht eigentliche "Dritte" im strengen Gesetzessinne sind, angewendet werden.

128) Es gilt das Verbot der extensiven Auslegung von strafprozessualen Normen, welche - wie hier - Eingriffe in Grundrechte vorsehen; vgl. Noll, Strafprozessrecht, S. 11; Meyer, Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess, S. 52 ff.

Das eben Gesagte bezieht sich nur auf die unmittelbare Ueberwachung von Drittpersonen. Erfolgt jedoch der Eingriff gegenüber einem Verdächtigen oder Angeschuldigten, so sind bei der Abhörung von Gesprächen natürlich oft ¹²⁹⁾ auch Drittpersonen miterfasst. Dies muss als unvermeidliche Nebenfolge in Kauf genommen werden ¹³⁰⁾. In den betreffenden Fällen unterliegt der Einbezug dieser Drittpersonen in die gegen den Täter gerichteten Ueberwachung nicht den oben besprochenen Voraussetzungen ¹³¹⁾.

bb) Ausnahme: Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 69 StP

aaa) Allgemeines

Unzulässig ist die Ueberwachung von Drittpersonen, die nach Art. 69 StP wegen eines Amts- oder Berufsgeheimnisses nicht zum Zeugnis verpflichtet werden können ¹³²⁾. Diese Regelung schliesst sich eng an die auf Bundesebene getroffene an ¹³³⁾. Während sie im st. gallischen Grossen Rat diskussionslos

129) Immer dann nämlich, wenn die am Gespräch Beteiligten nicht sämtliche selbst als Verdächtige oder Angeschuldigte Objekt der Ueberwachung sind.

130) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 68.

131) Zur Frage, ob die Aussagen dieser Drittpersonen aber nicht allenfalls einem Beweiswertungssverbot unterliegen, vgl. hinten S. 194 ff. sowie Schaumann, a.a.O., S. 133.

132) Vgl. Art. 114a Abs. 2 StP.

133) Vgl. Art. 66 Abs. 1 bis i.V.m. 77 BStP; siehe aber hinten S. 58 ff.

Aufnahme im Gesetz fand ¹³⁴⁾, gab sie vor allem im Nationalrat zu reden. Die Kommission hatte nämlich ursprünglich ein gänzlich Verbot der Ueberwachung von Personen mit Zeugnisverweigerungsrecht vorgesehen ¹³⁵⁾. Aus Bedenken vor einer allzu starken Einschränkung der Fahndungsmöglichkeiten ¹³⁶⁾ setzte sich dann aber schliesslich die Auffassung des Bundesrates durch, welche den Vorbehalt des Zeugnisverweigerungsrechtes nur auf die Träger von Amts- oder Berufsgeheimnissen beschränkt sehen wollte ¹³⁷⁾.

bbb) Voraussetzungen im besonderen

Art. 69 StP, welcher gemäss Art. 114a Abs. 2 StP den Kreis jener Personen umschreibt, die nicht abgehört werden dürfen, hat folgenden Wortlaut:

"Zum Zeugnis können nicht verpflichtet werden:

1. Geistliche, Rechtsanwälte, Aerzte und ihre beruflichen Gehilfen mit Bezug auf Geheimnisse, die ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in seiner Ausübung wahrgenommen haben;

134) Vgl. Protokolle des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März, 3. und 5. Mai 1982.

135) Vgl. BB1 1976 I S. 572 und 2 S. 1571 f.; StenB NR 1977 S. 468 f.

136) Vgl. StenB NR 1977 S. 468 und 482 f.: Es wurde insbesondere an die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters über nahe Angehörige gedacht.

137) Vgl. StenB NR 1977 S. 481, StR 1978 S. 298; Huber P., a.a.O., S. 300; Peter, Geheimsphäre, S. 307.

2. Apotheker und ihre Gehilfen mit Bezug auf die Ausführung ärztlicher Anordnungen;
3. Beamte (Art. 110 Ziff. 4 StGB) mit Bezug auf Privatgeheimnisse, die ihnen in ihrer amtlichen Stellung anvertraut worden sind.

Für die unter Absatz 1 Ziffer 1 und 2 genannten Personen besteht die Zeugnispflicht auch dann nicht, wenn sie von der Geheimhaltungspflicht entbunden worden sind."

Die st. gallische Regelung unterscheidet sich nun in zwei Punkten von jener im Bund. Zum einen ist der Kreis derjenigen Personen, die aufgrund ihres Amts- oder Berufsgeheimnisses das Zeugnis verweigern können, nicht ganz identisch. Es gehört je eine Personengruppe dazu, die in der anderen Bestimmung fehlt; Beamte (St. Gallen) und Hebammen (Bund) ¹³⁸⁾. Zum zweiten - und diese Differenz wiegt bedeutend schwerer - ist die Ausnahmeregelung im st. gallischen Recht eine generelle ¹³⁹⁾, während sie auf Bundesebene nicht gilt für den Fall, dass der mutmassliche Täter den Telefonanschluss der betreffenden Drittperson benutzt ¹⁴⁰⁾. Der

138) Vgl. Art. 69 Abs. 1 Ziff. 3 StP und 77 BStP. Art. 66 Abs. 1 bis BStP erwähnt ausdrücklich nur Art. 77 und nicht auch Art. 78 BStP, so dass Beamte im Bund trotz ihres Zeugnisverweigerungsrechts abgehört werden können. Ob dies vom Bundesgesetzgeber beabsichtigt ist oder ein gesetzgeberisches Versehen darstellt, geht aus den Materialien nicht schlüssig hervor.

139) Vgl. aber unten nächster Absatz.

140) Vgl. Art. 66 Abs. 1 bis BStP; StenB NR 1977 S. 481; Peter, Geheimsphäre, S. 307; Entwurf des Regierungsrates des Kantons St. Gallen in seiner Botschaft vom 18. August 1981: In Art. 114 bis des Entwurfs war noch vorgesehen, die bundesrechtliche Regelung zu übernehmen.

Kreis der vor Ueberwachungsmassnahmen geschützten Personen ist damit im Kanton St. Gallen in einem wichtigen Bereich weiter gezogen als im Bund. Das st. gallische Recht nämlich verbietet die Ueberwachung von Personen gänzlich, welche wegen eines Amts- oder Berufsgeheimnisses berechtigt sind, das Zeugnis zu verweigern. Die Regelung im Bund ist insofern unbefriedigend, als es nach dem klaren Wortlaut von Art. 66 Abs. 1 bis BStP keine Rolle spielt, ob die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigte Drittperson um die Benutzung ihres Anschlusses durch den Täter weiss oder nicht. Für den letzteren Fall ist unbedingt zu fordern, dass die Abhörung ohne Einwilligung des Geheimnisträgers unzulässig ist¹⁴¹⁾.

Unbesehen davon gilt in Bund und Kanton gleichermaßen, dass der Geheimnisträger seinen Schutz vor Ueberwachungsmassnahmen verliert, sobald er selbst in Verdacht steht, sich der Täterschaft oder Teilnahme an der Tat oder der Begünstigung schuldig gemacht zu haben¹⁴²⁾.

141) Was das praktisch besonders bedeutsame Anwaltsgeheimnis betrifft, vgl. Stratenwerth/Schubarth, Rechtsgutachten betreffend Telefonüberwachung und Anwaltsgeheimnis, in Mitteilungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Nr. 49, S. 13 ff., insbesondere S. 17 f.

142) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 300 f.; Peter, Geheimsphäre, S. 307; Tschumper, a.a.O., S. 86. Dies ist auch für den Kanton St. Gallen schon deswegen selbstverständlich, weil diesfalls regelmässig die Voraussetzungen zur Ueberwachung als Verdächtiger oder Angeschuldigter vorliegen. Vgl. auch Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 17.

III. Formelle Voraussetzungen der Ueberwachung

Nach der Behandlung der materiellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Ueberwachungsmaßnahme gilt es nun, die verschiedenen Verfahrensstadien darzustellen. Gerade Verfahrensfragen werden in der Praxis oft Schwierigkeiten verursachen. Da zudem nur ein korrektes Verfahren für die Rechtsstaatlichkeit der Ueberwachung zu bürgen vermag, rechtfertigt sich eine eingehende Prüfung dieser Fragen.

Es können drei Verfahrensbereiche unterschieden werden: Die Verfahren zur Anordnung ¹⁴³⁾ und Einstellung ¹⁴⁴⁾ der Ueberwachung sowie jenes nach Abschluss ¹⁴⁵⁾ der Ueberwachung. Erste Ausführungen gelten einigen allgemeinen Verfahrensfragen ¹⁴⁶⁾.

1. Allgemeines

a) Organe

Auf unterschiedliche Weise am Verfahren beteiligt sind der Untersuchungsrichter, der Staatsanwalt, der Präsident der Anklagekammer und schliesslich die Anklagekammer ohne ihren Präsidenten ¹⁴⁷⁾.

143) Vgl. nachstehend 2.

144) Vgl. nachstehend 3.

145) Vgl. nachstehend 4.

146) Vgl. nachstehend 1.

147) Polizeibeamte oder Beamte der PTT können lediglich in unselbständiger Stellung als Gehilfen des Untersuchungsrichters tätig werden; vgl. dazu hinten S. 151 und 156 ff.

aa) Untersuchungsrichter ¹⁴⁸⁾

Die Hauptrolle kommt zweifellos dem Untersuchungsrichter zu. Er verfügt die Anordnung der Ueberwachungsmaßnahme ¹⁴⁹⁾ und - wenn nötig - deren Verlängerung über eine sechsmonatige Frist hinaus ¹⁵⁰⁾. Beim Präsidenten der Anklagekammer ersucht er um Genehmigung seiner Verfügung ¹⁵¹⁾. Ausserdem ist es seine Aufgabe, den Staatsanwalt über die verfügte Ueberwachung zu orientieren ¹⁵²⁾. Dem Untersuchungsrichter obliegt ferner die Einstellung der Ueberwachung ¹⁵³⁾ sowie die Mitteilung an den Betroffenen nach durchgeführter Ueberwachung ¹⁵⁴⁾.

bb) Präsident der Anklagekammer ¹⁵⁵⁾

Ihm fällt die Aufgabe zu, die vom Untersuchungsrichter angeordnete Ueberwachung und die allenfalls verfügte Verlängerung der Massnahme zu genehmigen ¹⁵⁶⁾. Er orientiert den Staatsanwalt über seine Entscheide ¹⁵⁷⁾ und achtet darauf, dass die Ueberwachung nach Ablauf der Frist aufgehoben

148) Vgl. die ausführliche Darstellung hinten
S. 77 ff., 34 ff. und 99 ff.

149) Vgl. Art. 114 StP.

150) Vgl. Art. 114b Abs. 2 StP.

151) Vgl. Art. 114b Abs. 1 StP.

152) Vgl. Art. 114b Abs. 3 StP.

153) Vgl. Art. 114e StP.

154) Vgl. Art. 114g Abs. 1 StP.

155) Vgl. die ausführliche Darstellung hinten
S. 77 ff., S. 94 ff. und S. 100 ff.

156) Vgl. Art. 114b Abs. 1 und 2, 114c und 114d
Abs. 1 StP.

157) Vgl. Art. 114d Abs. 3 StP.

wird ¹⁵⁸⁾. Schliesslich hat er auch darüber zu befinden, ob eine Orientierung des Betroffenen über die gegen ihn verfügte Ueberwachung ausnahmsweise unterbleiben kann ¹⁵⁹⁾.

cc) Staatsanwalt

Der Staatsanwalt wird mittels Zustellung einer Orientierungskopie der Verfügungen des Untersuchungsrichters und des Präsidenten der Anklagekammer recht umfassend über die Ueberwachungsmassnahme informiert, ohne dass ihm in den Art. 114 ff. StP eine besondere Aufgabe im Zusammenhang mit der Ueberwachung zugeschrieben wäre. Um allfällige Missverständnisse bezüglich der Kompetenzen des Staatsanwaltes im Ueberwachungsverfahren zu vermeiden, drängen sich an dieser Stelle einige Bemerkungen auf.

Die Art. 114 ff. StP ¹⁶⁰⁾ erwähnen den Staatsanwalt in einer lediglich passiven Rolle; er muss über die Anordnung der Ueberwachung durch den Untersuchungsrichter und deren Genehmigung durch den Präsidenten der Anklagekammer orientiert werden. Dies bedeutet indessen nicht, dass er nicht gegebenenfalls selbst aktiv auf die Ueberwachung Einfluss nehmen könnte. Gemäss Art. 8 StP übt der Staatsanwalt nämlich generell die Aufsicht über die Untersuchung aus. Er kann überdies dem Untersuchungsrichter Weisungen erteilen und

158) Vgl. Art. 114d Abs. 2 StP.

159) Vgl. Art. 114g Abs. 2 StP.

160) Vgl. insb. Art. 114b Abs. 3 und 114 d Abs. 3 StP.

einzelne Untersuchungshandlungen sowie die Untersuchung besonderer Fälle selbst vornehmen ¹⁶¹⁾. Solche Eingriffe in den Lauf der Untersuchung oder gar die Uebernahme ganzer Untersuchungen sind zwar in der Praxis eher selten ¹⁶²⁾. Dennoch hat der Staatsanwalt aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen in Art. 8 Abs. 1 StP zweifellos die Möglichkeit, eine Ueberwachungsmaßnahme selbst zu verfügen, dem Untersuchungsrichter die Vornahme einer solchen Maßnahme zu gebieten oder zu untersagen oder sie durch entsprechende Weisungen zu gestalten. Er tritt in diesen Fällen ganz einfach an die Stelle des Untersuchungsrichters ¹⁶³⁾.

Was demnach die selbständige Anordnung einer Ueberwachung betrifft, so bedarf sie selbstverständlich der Genehmigung durch den Präsidenten der Anklagekammer. Eine Genehmigung ist ebenso erforderlich, wenn der Staatsanwalt eine bereits durch den Untersuchungsrichter verfügte und vom Präsidenten der Anklagekammer genehmigte Ueberwachung auf irgend eine Weise ausweitet, wobei eine Ueberwachung immer dann als ausgeweitet zu gelten hat, wenn sie in sachlicher, räumlicher, zeitlicher oder persönlicher Hinsicht ¹⁶⁴⁾ über das hinausgeht, was ursprünglich Gegenstand der Genehmigung war.

161) Vgl. Art. 8 Abs. 1 StP.

162) Vgl. Locher, a.a.O., S. 28 f. und 32 f.

163) Vgl. dazu vorne S. 62.

164) Vgl. vorne S. 36 ff.

Die staatsanwaltlichen Befugnisse im Bereich der Ueberwachungsmassnahmen sind also nicht derart umfassend wie sonst allgemein in der Strafuntersuchung. Sie sind eingeschränkt durch Funktion und Kompetenzen des Präsidenten der Anklagekammer in den Art. 114 ff. StP ¹⁶⁵⁾, welche der Zuständigkeitsordnung von Art. 8 StP als jüngere und speziellere Normen vorgehen. Wenn nun aber der Staatsanwalt ohne Genehmigung auch keine Ausweitung der Ueberwachung anordnen kann, so ist es ihm doch nicht verwehrt, die genehmigte Massnahme beliebig einzuschränken oder aufzuheben, sofern er dies nicht in einer Weise tut, die seine Amtspflicht verletzt ¹⁶⁶⁾. Das Institut der Genehmigung der Ueberwachung durch den Präsidenten der Anklagekammer soll ja nur verhindern, dass die Strafuntersuchungsorgane zu weit gehen ¹⁶⁷⁾.

dd) Anklagekammer ¹⁶⁸⁾

Die Anklagekammer ist die obere Aufsichtsbehörde für das Untersuchungsverfahren und hat so die Pflicht, von Amtes wegen die Einhaltung der strafprozessualen Bestimmungen durch

165) Vgl. insb. Art. 114b, c und d StP.

166) Z.B. um einen Freund oder Verwandten zu begünstigen. Gegen ein solches Tun müsste ein Untersuchungsrichter oder ein Dritter, der die Situation erkennt, mit einer Anzeige an die Anklagekammer als Disziplinarbehörde gelangen.
Vgl. Locher, a.a.O., S. 33 f.; Meyer, a.a.O., S. 287 f.

167) Vgl. BBl 1976 2 S. 1575; Huber P., a.a.O., S. 304; Peter, Geheimsphäre, S. 309.

168) Vgl. hinten S. 113 ff.

- 66 -

Staatsanwälte und Untersuchungsrichter zu überwachen^{169,170)}. Im vorliegenden Zusammenhang kommt ihr darüber hinaus eine besondere Aufgabe zu: Sie entscheidet ohne Mitwirkung ihres Präsidenten, der in den Ausstand tritt, über die Rechtsverweigerungsbeschwerde des nachträglich informierten Betroffenen wegen der gegen ihn durchgeführten Ueberwachungsmassnahme¹⁷¹⁾.

b) Interkantonale Zuständigkeit

Gerade in Fällen organisierten Verbrechens¹⁷²⁾, welches oft grossräumig und über die Kantonsgrenzen hinaus in Erscheinung tritt, ist es gelegentlich notwendig, Ueberwachungsmassnahmen in anderen Kantonen anzuordnen¹⁷³⁾. In diesem Zusammenhang stellen sich dann zwei Fragen: Muss die zuständige Behörde desjenigen Kantons, in welchem die Ueberwachung stattfindet, ihre Einwilligung dazu geben¹⁷⁴⁾? Das Recht welchen Kantons ist für die Frage der Zulässigkeit, Anordnung und Durchführung der Ueberwachung massgebend¹⁷⁵⁾?

169) Vgl. Art. 10 Abs. 1 StP.

170) Vgl. Locher, a.a.O., S. 33 f.

171) Vgl. Art. 114g Abs. 3 StP.

172) Vgl. vorne S. 34 f.

173) Der Präsident der Anklagekammer des Kantons St. Gallen hat gemäss persönlicher Auskunft 1982 ein entsprechendes Gesuch eines st. gallischen Untersuchungsrichters erhalten. Verlangt wurde die Bewilligung zur Abhörnung eines Telefonanschlusses im Kanton Tessin. Der Präsident der Anklagekammer hat die Genehmigung erteilt.

174) Vgl. nachstehend aa).

175) Vgl. nachstehend bb).

aa) Einverständnis der ausserkantonalen Behörde

Ob der Kanton, in welchem die Ueberwachung stattfindet, damit einverstanden sein muss oder nicht, ist in der Lehre streitig ¹⁷⁶⁾. Die Geister scheiden sich in der Frage der Anwendbarkeit von Art. 352 oder 355 StGB ¹⁷⁷⁾.

Art. 352 Abs. 1 StGB verpflichtet die Kantone gegenseitig zur Vornahme von Amtshandlungen im Interesse eines anderen Kantons. Art. 355 Abs. 1 StGB legt fest, dass eine Strafverfolgungsbehörde eine Amtshandlung auf dem Gebiet eines anderen Kantons mit Zustimmung der zuständigen Behörde dieses Kantons selbst vornehmen darf. In dringenden Fällen kann die Amtshandlung auch ohne Zustimmung erfolgen. Die zuständige Behörde ist indessen unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen.

Peter ¹⁷⁸⁾ macht nun für den Bereich der Telefonüberwachung geltend, dass der andere Kanton, in dessen Gebiet die Ueberwachung vorgenommen wird, durch die Abhörmassnahme in der

176) Vgl. Foëx, a.a.O., S. 58 f.; Peter, Geheimsphäre, S. 308 f.

177) In diesen beiden Bestimmungen regelt das Gesetz unter dem gemeinsamen Titel "Rechtshilfe" den Fall, dass Amtshandlungen von Strafverfolgungsbehörden in anderen Kantonen notwendig werden. Während Art. 352 StGB die Rechtshilfe im engeren Sinn regelt - der ersuchte Kanton wird im Interesse des ersuchenden Kantons tätig - lässt Art. 355 StGB unter bestimmten Voraussetzungen zu, dass der ersuchende Kanton selbst auf fremdem Boden Amtshandlungen vornimmt. Der ersuchte Kanton leistet im zweiten Fall lediglich passive Rechtshilfe. Vgl. hinten S. 69 ff.

178) Geheimsphäre, S. 308.

Ausübung seiner Hoheitsrechte praktisch nicht eingeschränkt werde. Zudem erfolge die eigentliche Rechtshilfe ja durch Bundesbehörden ¹⁷⁹⁾. Zur Vermeidung andernfalls entstehender praktischer Probleme will er es beim Entscheid jener Behörden, in deren Kanton das Strafverfahren geführt wird, bewenden lassen und auf das Einverständnis des andern Kantons verzichten.

Diese Ansicht vermag einer näheren Prüfung nicht standzuhalten ¹⁸⁰⁾. Wenn auch die Telefonüberwachung mit Hilfe der PTT durchgeführt wird, so geschieht dies dennoch auf Verlangen eines Kantons und stellt eine Amtshandlung dar, die auf dem Gebiet eines anderen Kantons vorgenommen wird und dessen Hoheitsrechte berührt. Dies aber ist exakt der Fall, den Art. 352/355 StGB regeln. Ob die Hoheitsrechte des betreffenden Kantons nur unwesentlich eingeschränkt werden, spielt dabei keine Rolle. Das Gesetz nimmt in Art. 352 und 355 StGB keine solche Differenzierung vor. Diese Bestimmungen sind daher ganz klar auf die Anordnung und Durchführung auch von Ueberwachungsmassnahmen uneingeschränkt anzuwenden. Es ist im übrigen nicht einzusehen, weshalb die Ueberwachung des Post-, Telefon- und Telegrafatenverkehrs einer anderen Regelung unterworfen sein sollte als der Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte ¹⁸¹⁾. Für den letzteren Fall

179) Nämlich durch die PTT.

180) Mit überzeugender Begründung gleicher Meinung Foëx, a.a.O., S. 59; vgl. auch Schubarth, Kommentar, N. 37 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

181) Zu denken ist etwa an den Einsatz von Minispionen oder Richtstrahlmikrofonen; vgl. dazu hinten S. 153 f.

wird nämlich nirgends angenommen, dass das Einverständnis der Behörden jenes Kantons, in dem die Ueberwachung stattfindet, unterbleiben könne. Das Anbringen z.B. eines Minispiens durch einen Polizisten ¹⁸²⁾ aber unterscheidet sich von der Telefonabhörung mit Hilfe der PTT ¹⁸³⁾ nicht in grundsätzlicher Art, so dass sich allenfalls eine rechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte. Es handelt sich dabei lediglich um zwei verschiedene technische Mittel, die den gleichen Zweck - das Abhören von Gesprächen - erfüllen sollen.

bb) Arten der Rechtshilfe

Die Rechtshilfe kann auf zweierlei Weise erfolgen. Einmal kann der st. gallische Untersuchungsrichter aufgrund von Art. 352 Abs. 1 StGB die für die Anordnung von Ueberwachungsmassnahmen zuständige Behörde des anderen Kantons ersuchen, für ihn die Ueberwachung zu verfügen. In diesem Fall führt der ersuchte Kanton die Amtshandlung selbst, aber in fremdem Interesse durch ^{184, 185)}. Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass der st. gallische Untersuchungsrichter die Ueberwachungsmassnahme im anderen Kanton gestützt auf Art. 355 Abs. 1 StGB selbst anordnet. Die Rechtshilfe des anderen Kantons besteht dann in der Duldung der fremden Amtshandlung auf eigenem Gebiet ^{186, 187)}.

182) Vgl. hinten S. 155 ff.

183) Vgl. hinten S. 148 ff.

184) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 83 f.

185) Vgl. nachstehend aaa).

186) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 84.

187) Vgl. nachstehend bbb).

aaa) Rechtshilfe gemäss Art. 352 StGB

Sie wird in der Praxis vor allem in Fällen zum Zuge kommen, in denen es um den Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte ohne Mithilfe der PTT geht ¹⁸⁸⁾. Da sich die Rechtshilfe nach dem Recht des ersuchten Kantons richtet ¹⁸⁹⁾, entscheidet auch jenes Recht, ob die verlangte Ueberwachungsmassnahme zulässig ¹⁹⁰⁾ und in welcher Form sie anzuordnen ist ¹⁹¹⁾. Der st. gallische Untersuchungsrichter, welcher die Strafuntersuchung führt, hat daher direkt an die für die Gewährung der Rechtshilfe zuständige Behörde des anderen Kantons ¹⁹²⁾ zu gelangen. Er bezeichnet die ihm notwendig erscheinende Ueberwachungsmassnahme und fügt seinem Gesuch sämtliche Informationen bei, die der ausserkantonale Richter braucht, um die gemäss Art. 179 octies StGB bundesrechtlich vorgeschriebene Genehmigung zu erteilen ¹⁹³⁾. Wird die Rechtshilfe gewährt, so wird die Ueberwachung im Verfahren nach dem Recht des ersuchten Kantons verfügt und genehmigt ¹⁹⁴⁾. Da allein jenes Verfahren Anwendung findet, er-

188) Vgl. hinten S. 155 ff.

189) Vgl. hinten S. 75.

190) Die Kantone Schaffhausen, Appenzell Innerrhoden und Wallis kennen bis heute keine Ueberwachungseingriffe. In diesen Kantonen ist die Anordnung einer Ueberwachungsmassnahme daher ausgeschlossen. Vgl. vorne S. 12 sowie nachstehenden Absatz, insb. S. 72 Anm. 193.

191) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 84.

192) Im umgekehrten Fall, da der Kanton St. Gallen von einem anderen Kanton um Rechtshilfe ersucht wird, wäre dies gemäss Art. 26 Abs. 2 StP der st. gallische Staatsanwalt.

193) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 88; hinten S. 77 ff.

194) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 84 ff.

übrigt sich eine Genehmigung der Ueberwachungsmassnahme durch den Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen ¹⁹⁵⁾.

Die Tatsache allein, dass die Ueberwachung nach dem Recht des ersuchten Kantons möglich ist, genügt indessen noch nicht. Der Untersuchungsrichter darf eine Ueberwachungsmassnahme in einem anderen Kanton selbstverständlich nur verlangen, wenn sie auch nach st. gallischem Recht zulässig ist ¹⁹⁶⁾. Die das Rechtshilfegesuch behandelnde Behörde des anderen Kantons wird dieses Erfordernis zwar nicht überprüfen und sich darauf beschränken, das Gesuch dahingehend zu untersuchen, ob es die formellen Voraussetzungen erfüllt und ob die verlangte Massnahme mit dem Recht des ersuchten Kantons vereinbar ist ¹⁹⁷⁾. Die richterliche Behörde jedoch, welche die Ueberwachungsmassnahme zu genehmigen hat, ist wegen ihrer umfassenden Befugnisse im Bereich der Rechtskontrolle ¹⁹⁸⁾ verpflichtet, das Gesuch auch darauf-

195) Der ausserkantonale Richter, welcher die Ueberwachungsmassnahme zu genehmigen hat, ist dann konsequenterweise auch passivlegitimiert zur allfälligen Beschwerde gegen die Ueberwachung an die zuständige Behörde des ersuchten Kantons (vgl. hinten S. 113 ff. Ihn hat der st. gallische Untersuchungsrichter über die Einstellung der Ueberwachung zu informieren (vgl. hinten S. 98 und er ist es, der über den ausnahmsweisen Verzicht auf die Mitteilung an den Betroffenen entscheidet (vgl. hinten S. 107 ff.).

196) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 85. Also nicht etwa für Uebertretungen ausserhalb des Tatbestandes von Art. 179 septies StGB oder für die Ueberwachung einer aufgrund ihres Amts- oder Berufsgeheimnisses zur Zeugnisverweigerung berechtigten Drittperson.

197) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 90.

198) Vgl. hinten S. 86 f.

hin zu überprüfen, ob die Ueberwachungsmassnahme nach dem Recht des ersuchenden Kantons zulässig ist ¹⁹⁹⁾.

Verweigert die ausserkantonale Behörde, welche zum Entscheid über die Gewährung der Rechtshilfe zuständig ist ²⁰⁰⁾, die Rechtshilfe, so kann gegen diesen abweisenden Entscheid die Anklagekammer des Bundesgerichts angerufen werden ^{201, 202)}.

bbb) Rechtshilfe gemäss Art. 355 StGB

Das Vorgehen nach Art. 355 Abs. 1 StGB wird im Vordergrund stehen, wenn es sich um eine mit Hilfe der PTT durchgeführte Ueberwachungsmassnahme ²⁰³⁾ oder um einen dringenden Fall handelt ²⁰⁴⁾.

199) Würde man dem die Genehmigung erteilenden Richter diese Kognition absprechen, so hätte dies zur völlig unannehmbaren Konsequenz, dass der st. gallische Untersuchungsrichter in einem anderen Kanton eine Ueberwachungsmassnahme durchführen lassen könnte, die er in seinem eigenen Kanton nicht anordnen dürfte.

200) Diese Behörde ist nicht zu verwechseln mit der richterlichen Behörde, welche die Ueberwachung zu genehmigen hat.

201) Vgl. Art. 357 StGB i.V.m. 252 Abs. 3 BStP.

202) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 91.

203) Vgl. hinten S. 148 ff.

204) Vgl. Foëx, a.a.O., S. 59.

Da der st. gallische Untersuchungsrichter in weniger dringenden Fällen erst tätig werden kann, wenn er für die Ueberwachung die Zustimmung der für die Gewährung der Rechtshilfe zuständigen Behörde des anderen Kantons eingeholt hat ²⁰⁵⁾, darf er nicht - wie bei innerkantonalen Ueberwachungsmassnahmen ²⁰⁶⁾ - die Ueberwachung zuerst verfügen und dann erst die Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen einholen. Er hat vielmehr so vorzugehen, dass er dem st. gallischen Präsidenten der Anklagekammer das Gesuch um Genehmigung der von ihm vorgesehenen Ueberwachungsmassnahme stellt. Wird die Genehmigung erteilt, ersucht der Untersuchungsrichter unter Beilage der Genehmigungsverfügung die Behörde des anderen Kantons um ihre Zustimmung. Wenn diese schliesslich vorliegt, kann er die Ueberwachung anordnen und z.B. die PTT mit der Telefonabhörung beauftragen ²⁰⁷⁾.

Die um ihre Zustimmung angegangene Behörde des anderen Kantons prüft vorerst, ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Rechtshilfe vorliegen, d.h. das Rechtshilfegesuch den formellen Anforderungen des betreffenden Kantons entspricht und die vorgesehene Ueberwachungsmassnahme nach dem Recht des ersuchten Kantons zulässig ist ²⁰⁸⁾. Selbst wenn

205) Vgl. Art. 355 Abs. 1, 1. Satz; Romanens, a.a.O., S. 92.

206) Vgl. hinten S. 77 ff.

207) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 93 f.

208) Die Situation ist insofern gleich wie bei der Rechtshilfe gemäss Art. 352 StGB; vgl. vorne S. 70. Vgl. auch Romanens, a.a.O., S. 93 f.

jedoch diese Erfordernisse erfüllt sind, braucht der andere Kanton seine Zustimmung nicht zu geben. Es liegt ausschliesslich in seinem Ermessen, ob er die nachgesuchte Erlaubnis erteilen will oder nicht ²⁰⁹⁾. Tut er dies nicht ²¹⁰⁾, so ist gegen den ablehnenden Entscheid zwar kein Rechtsmittel gegeben; der ersuchte Kanton ist diesfalls jedoch gemäss Art. 352 StGB verpflichtet, die Ueberwachungsmassnahme selbst anzuordnen und durchzuführen ²¹¹⁾, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind ²¹²⁾.

Anders liegt der Fall, wenn sich die Ueberwachung als dringend ²¹³⁾ erweist. Dann ist der Untersuchungsrichter ausnahmsweise ermächtigt, die ihm nötig erscheinende Massnahme ohne vorherige Einholung der Zustimmung des anderen Kantons anzuordnen. Er hat die zuständige Behörde indessen unverzüglich von seinem Vorgehen in Kenntnis zu setzen und die Genehmigungsverfügung des Präsidenten der Anklagekammer nachzureichen, sobald sie vorliegt. Wird die nachträgliche Zustimmung verweigert, so ist die Ueberwachung sofort abubrechen ²¹⁴⁾. Der Untersuchungsrichter hat dann immer noch die Möglichkeit, gemäss Art. 352 StGB vorzugehen ²¹⁵⁾.

209) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 92; Thormann/von Overbeck, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, N. 1 zu Art. 355 StGB; anderer Meinung Trüb, Die interkantonale Rechtshilfe im schweizerischen Strafrecht, S. 89.

210) Dies wird nur bei Vorliegen zwingender Gründe der Fall sein, vgl. Thormann/Overbeck, ebenda.

211) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 93.

212) Vgl. vorne S. 70 ff.

213) Vgl. Art. 355 Abs. 1, 2. Satz. Gemeint ist zeitliche Dringlichkeit; vgl. Romanens, a.a.O., S. 95. Sie wird häufig gegeben sein, wenn eine Ueberwachung notwendig ist.

214) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 96.

215) Vgl. vorne S. 70 ff.

ccc) Anwendbares Recht

Wie bereits mehrfach erwähnt ²¹⁶⁾, ist bei der rechtshilfe-
weisen Anordnung und Durchführung einer Ueberwachungs-
massnahme das Prozessrecht jenes Kantons anwendbar, in dem die
Ueberwachung vorgenommen wird ²¹⁷⁾. Dieser Grundsatz gilt
in bezug auf Verfahren, Form und Inhalt der Ueberwachungs-
massnahme ²¹⁸⁾. Auf die Ueberwachung einer Person gerichtete
Amtshandlungen eines st. gallischen Untersuchungsrichters
in einem anderen Kanton, die das massgebende ausser-
kantonale Recht oder die Rechtshilferegelung von Art. 352/
355 StGB missachten, bewirken die Rechtswidrigkeit der
Ueberwachung ^{219, 220)}.

c) Delegation von Bundesstrafsachen

Art. 340 StGB zählt einige Delikte auf, die der Bundesge-
richtsbarkeit unterstehen. Bundesrat oder Bundesanwalt ²²¹⁾
können solche Strafsachen jedoch gemäss Art. 18 BSTp den

216) Vgl. vorstehend aaa) und bbb).

217) Das ergibt sich direkt aus Art. 355 Abs. 2 StGB.
Diese Bestimmung ist Ausfluss des in Art. 3 i.V.m.
64 bis Abs. 2 BV verankerten Grundsatzes der ge-
nerellen Zuständigkeit der Kantone auf dem Gebiet
des Strafprozessrechts. Vgl. auch Romanens, a.a.O.,
S. 84.

218) Vgl. BGE 71 IV 174.

219) Vgl. Romanens, a.a.O., S. 95.

220) Vgl. hinten S. 198 ff.

221) Vgl. Art. 12 Ziff. 9 BRB betr. die Zuständigkeit
der Departemente und der ihnen unterstellten Amts-
stellen zur selbständigen Erledigung von Geschäften
vom 17. November 1914 (SR 172.011; AS 30,602);
Art. 19 Ziff. 5 BRB über eine ergänzende Ordnung
der Zuständigkeit der Departemente und der ihnen
unterstellten Amtsstellen zur selbständigen Erle-
digung von Geschäften vom 23. Dezember 1968
(AS 69, 78 f.).

kantonalen Behörden zur Untersuchung und Beurteilung übertragen²²²⁾. Wird eine Strafsache einem Kanton übertragen, so verzichtet der Bund auf die Durchführung des Verfahrens durch seine eigenen Organe; er ermächtigt und verpflichtet den Kanton, die Angelegenheit im kantonalen Verfahren zu verfolgen und zu beurteilen²²³⁾.

Für den Bereich der Ueberwachung ist vom Grundsatz auszugehen, dass bei Delikten, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen, ausschliesslich Bundesbehörden zur Anordnung von Ueberwachungsmassnahmen befugt sind²²⁴⁾. Sobald aber eine Delegation einer Bundesstrafsache an den Kanton erfolgt ist, ist nurmehr die betreffende kantonale Behörde zuständig. Sie wendet nun ihr kantonales Recht an, und zwar sowohl was die Zulässigkeit der Ueberwachung als auch was das Verfahren betrifft²²⁵⁾. Der Bundesanwalt kann Ueberwachungsmassnahmen bei der originären oder delegierten kantonalen Zuständigkeit zur Strafuntersuchung höchstens noch dann anordnen, wenn die Voraussetzungen von Art. 259 BStP gegeben sind²²⁶⁾. Praktisch bedeutsam ist diese Aus-

222) Dies ist sogar die Regel, vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 39.

223) Peter, Bundesstrafgerichtsbarkeit, S. 179.

224) Beim Zusammentreffen von strafbaren Handlungen, die zum einen Teil in die Zuständigkeit des Bundes und zum andern Teil in jene des Kantons fallen, kommt diese Befugnis den Behörden von Bund und Kanton je für den sie betreffenden Bereich gleichzeitig zu. Vgl. Huber P., a.a.O., S. 303; Peter, Geheimsphäre, S. 309.

225) Vgl. Huber P., ebenda; Peter, Geheimsphäre, S. 308.

226) Vgl. Peter, ebenda; derselbe, Bundesstrafgerichtsbarkeit, S. 189 f.: Das Bundesgesetz, dem zuwidergehandelt worden ist, muss dem Bund ein besonderes Obergaufsichtsrecht übertragen, und die strafbaren Handlungen müssen ganz oder teilweise im Ausland oder in mehreren Kantonen begangen worden sein.

nahmeregelung vor allem in Fällen von interkantonaler oder internationaler Betäubungsmitteldelinquenz^{227, 228)}.

2. Verfahren bei Anordnung der Ueberwachung

Das Verfahren bei Anordnung der Ueberwachung gliedert sich in zwei Stadien: In einem ersten Verfahrensgang ordnet der Untersuchungsrichter die Ueberwachungsmassnahme an und unterbreitet seine Verfügung dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung²²⁹⁾. Dieser befindet dann in einem zweiten Schritt über die Verfügung des Untersuchungsrichters und entscheidet über deren Genehmigung²³⁰⁾.

a) Gesuch um Genehmigung der Ueberwachung

aa) Verfügung des Untersuchungsrichters

Die Verfügung, mit welcher der Untersuchungsrichter die Ueberwachung anordnet, ist juristisch gesehen ein höchst eigenartiges Gebilde. Es handelt sich dabei zwar insofern um eine Verfügung im Rechtssinne, als sie kraft behördlicher Anordnung einen bestimmten Adressaten zur Duldung einer Ueberwachungsmassnahme verpflichtet²³¹⁾. Weil jedoch der

227) Vgl. Art. 29 BetmG.

228) Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 308; derselbe, Bundesstrafgerichtsbarkeit, S. 190.

229) Vgl. nachstehend a).

230) Vgl. nachstehend b).

231) Vgl. Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 213; Schubarth, Kommentar, N. 29 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

Ueberwachte als Adressat nichts von der gegen ihn verhängten Massnahme wissen darf, wird ihm die Verfügung nicht eröffnet. Sie wird gestützt auf Art. 114a Abs. 1 StP dennoch und entgegen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ²³²⁾ rechtswirksam ²³³⁾. Eine Eröffnung gegenüber dem Betroffenen erfolgt erst nachträglich und zwar mit der Mitteilung nach Abschluss der Ueberwachungs-massnahme ²³⁴⁾.

Die Begründung der Verfügung ist kurz zu halten ²³⁵⁾, hat aber über das Vorliegen sämtlicher materieller Voraussetzungen der Ueberwachung Auskunft zu geben ²³⁶⁾. Sie muss namentlich folgende Angaben enthalten:

- Personalien der überwachten Personen ²³⁷⁾
- Delikt ²³⁸⁾
- Verdachtsgründe ²³⁹⁾
- Eignung der Ueberwachung ²⁴⁰⁾
- Erforderlichkeit der Ueberwachung ²⁴¹⁾

232) Vgl. Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 217.

233) Die Heimlichkeit der Verfügung ist ihr Charakteristikum; vgl. Schubarth, Kommentar, N. 31 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

234) Vgl. hinten S. 99 ff.

235) Vgl. Art. 114b Abs. 1 StP und die identische Formulierung in Art. 66 bis Abs. 1 BStP. Vgl. auch Schubarth, Kommentar, N. 21 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

236) Vgl. BBl 1976 I, S. 573.

237) Vgl. vorne S. 50 ff.

238) Vgl. vorne S. 31 ff. und 45 ff.

239) Vgl. vorne S. 51 ff.

240) Vgl. vorne S. 33 ff.

241) Vgl. vorne S. 35 ff.

- Ort der Ueberwachung 242)
- Voraussichtlicher Zeitraum der Ueberwachung 243)
- Subsidiarität der Ueberwachung 244)
- Art der Ueberwachungsmaßnahme 245)

Der Richter muss aufgrund der begründeten untersuchungsrichterlichen Verfügung imstande sein, die angeordnete Ueberwachungsmaßnahme auf das Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen hin zu überprüfen²⁴⁶⁾. Die Vollständigkeit der Verfügungsbegründung ist indessen auch noch aus einem weiteren Grund notwendig: Will der Ueberwachte nachträglich von seinem Beschwerderecht Gebrauch machen²⁴⁷⁾, so ist ihm dies nur möglich, wenn die Begründung zu sämtlichen Voraussetzungen der Ueberwachung Stellung nimmt. Gleiches gilt für die Beschwerdeinstanz²⁴⁸⁾. Auch sie kann nur entscheiden, wenn aus der begründeten Verfügung alle massgebenden Umstände im Zeitpunkt der Anordnung hervorgehen. Eine Verfügung, die in ihrer Begründung die oben aufgeführten Angaben nicht enthält, vermag daher nicht zu genügen. Sie ist vom Präsidenten der Anklagekammer vor dem Entscheid über die Genehmigung der Ueberwachung zur Vervollständigung an den Untersuchungsrichter zurückzuweisen²⁴⁹⁾.

242) Vgl. vorne S. 39.

243) Vgl. vorne S. 39 f.

244) Vgl. vorne S. 41 ff.

245) Vgl. hinten S. 148 ff.

246) Vgl. Art. 114c Abs. 1 und 2 StP sowie hinten S. 87 f.

247) Vgl. hinten S. 113 ff.

248) Vgl. hinten S. 117 ff.

249) Allenfalls kommt eine vorläufige Genehmigung in Frage; vgl. hinten S. 90 f.

Der Untersuchungsrichter hat seine Verfügung, wie erwähnt, dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung einzureichen. Dem Gesuch um Genehmigung sind sämtliche der für den richterlichen Entscheid massgeblichen Akten beizulegen ²⁵⁰⁾.

bb) Frist zur Einreichung des Gesuches

Der Untersuchungsrichter hat dem Präsidenten der Anklagekammer seine Verfügung innert 24 Stunden zur Genehmigung zu unterbreiten ²⁵¹⁾. Darin liegt eine Konkretisierung der in Art. 179 octies Abs. 1 StGB enthaltenen Vorschrift, dass die Genehmigung "unverzüglich" einzuholen sei ²⁵²⁾.

Es fragt sich vorerst, wann diese Frist zu laufen beginnt. Ein Teil der Lehre hält dafür, massgeblicher Zeitpunkt sei die technische Anhebung der Ueberwachung ²⁵³⁾. Schubarth hingegen ist der Ansicht, die Frist beginne mit der Anordnung der Ueberwachung durch den Untersuchungsrichter ²⁵⁴⁾.

250) Vgl. Art. 114b Abs. 1 und 114c Abs. 1 StP; Huber P., a.a.O., S. 306; BBl 1976 I, S. 573; Urteil des Bundesgerichts vom 9. Mai 1984, in NZZ vom 26. September 1984.

251) Vgl. Art. 114b Abs. 1 StP und 66 bis Abs. 1 BStP.

252) Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 22 zu Art. 179 octies/400 bis StGB. Er nennt diese Vorschrift "Unverzüglichkeitsklausel"; vgl. N. 28 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

253) So Huber P., a.a.O., S. 306; Peter, Geheimsphäre, S. 309.

254) Vgl. Kommentar, N. 23 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

Vorbild für die geltende Regelung, dass Ueberwachungsmassnahmen der richterlichen Genehmigung bedürfen, war die in den 70er-Jahren geschaffene Gerichtspraxis in den USA. Dort ist jedoch grundsätzlich die vorgängige Ermächtigung des Richters erforderlich ²⁵⁵⁾; die nachträgliche Genehmigung, wie sie unsere Bestimmungen vorsehen, genügt nur in Ausnahmefällen ²⁵⁶⁾. Wenn es nun unser Recht bei der nachträglichen richterlichen Bewilligung bewenden lässt und nicht den Richter schon zur Anordnung der Ueberwachung zuständig erklärt ²⁵⁷⁾, so will es damit lediglich den sofortigen Einsatz dieser Fahndungsmittel durch Strafuntersuchungsorgane oder Polizei ²⁵⁸⁾ ermöglichen ²⁵⁹⁾. Für den Fall, dass die Ueberwachungsmassnahme nachträglich vom Richter aufgehoben wird, hat damit das Interesse des Staates an der Verfolgung einer Straftat den Vorrang erhalten vor dem Interesse an einem rechtsstaatlich lupenreinen Verfahren, wie es etwa die Regelung in den USA oder im Kanton Aargau garantiert. Diese Prioritätsordnung ist nun aber dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn dem Untersuchungsrichter nach der Anordnungsverfügung und vor Beginn der Ueberwachung Zeit zur Verfügung steht, um inzwischen das Gesuch um richterliche Genehmigung einzureichen ²⁶⁰⁾. Sollten in einem solchen

255) Ebenso im Kanton Aargau; vgl. Tschumper, a.a.O., S. 86 f.

256) Vgl. Bericht der Kommission des Nationalrates vom 31. Oktober 1975, in BBl 1976 I, S. 556.

257) Diese Möglichkeit wurde von der nationalrätlichen Kommission diskutiert; vgl. BBl 1976 I, S. 567.

258) Je nach dem, ob es sich um das Verfahren nach Art. 114 ff. StP oder um jenes nach 50 f. PG handelt.

259) Vgl. BBl 1976 I, S. 567 f.

260) Z.B. weil der verfügte Minispioneinsatz u.U. erst Tage später bei günstiger Gelegenheit erfolgt oder die Person, deren Telefon überwacht werden soll, sich noch in Untersuchungshaft befindet. Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 23 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

Fall die Voraussetzungen zur Ueberwachung nicht gegeben sein, könnte der Präsident der Anklagekammer noch verhindern, dass die Massnahme überhaupt angehoben wird, und es müsste nicht eine bereits laufende Ueberwachungsmassnahme abgebrochen werden. Es ist daher klar, dass massgeblicher Zeitpunkt für den Beginn der 24-stündigen Frist zur Einholung der Genehmigung nur der Zeitpunkt der untersuchungsrichterlichen Anordnungsverfügung sein kann ²⁶¹⁾.

Damit der Präsident der Anklagekammer die Einhaltung der Frist überprüfen kann, hat der Untersuchungsrichter seine Verfügung auf die Stunde genau zu datieren ²⁶²⁾.

Diese Frist von Art. 114b Abs. 1 StP ist lediglich eine Ordnungsfrist ²⁶³⁾. Ihre Nichteinhaltung bewirkt daher nicht die Rechtswidrigkeit der Ueberwachung, sondern hat allenfalls disziplinarische Konsequenzen für den betreffenden Untersuchungsrichter ²⁶⁴⁾.

261) Ebenso Schubarth, Kommentar, N. 23 zu Art. 179 octies/400 bis StGB sowie BJM 1984, S. 219.

262) Vgl. Schubarth, ebenda.

263) Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 3 zu Art. 121 StGB, welche Ueberlegungen für den vorliegenden Fall analog gelten.

264) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 120 f. Anderer Meinung ist ohne nähere Begründung Schubarth, Kommentar, N. 28 zu Art. 179 octies/400 bis StGB. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb die Missachtung der Frist zur Einreichung des Gesuches die Rechtswidrigkeit der Ueberwachung zur Folge haben sollte. Wie im Falle der Beachtung dieser Frist ist der Ueberwachte dem Eingriff wehrlos ausgeliefert; es erwächst ihm daraus kein Nachteil, den er sonst nicht hätte. Die Ueberwachung wird zudem mit oder ohne Einhaltung der 24-stündigen Frist vom Richter nachträglich aufgehoben, wenn die Voraussetzungen zu deren Anordnung nicht erfüllt sind.

Bei der Berechnung der Frist sind aufgrund der Verweisung von Art. 3 Abs. 2 StP die entsprechenden zivilprozessualen Bestimmungen anwendbar ²⁶⁵⁾. Das Genehmigungsgesuch ist daher gemäss Art. 129 Abs. 2 ZP ²⁶⁶⁾ rechtzeitig eingereicht, wenn es innerhalb von 24 Stunden nach Erlass der Ueberwachungsverfügung bei der Post aufgegeben wurde. Zum Beweis der fristgemässen Aufgabe hat der Poststempel entweder das gleiche Datum zu tragen wie die Verfügung oder aber, wenn er ein späteres Datum trägt, die genaue Uhrzeit der Postaufgabe festzuhalten ²⁶⁷⁾. Fällt das Ende der Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen staatlich anerkannten Feiertag ²⁶⁸⁾, so endet sie gemäss Art. 128 Abs. 2 ZP am nächstfolgenden Werktag.

cc) Gültigkeitsdauer der Verfügung

Die Verfügung ist längstens sechs Monate gültig ²⁶⁹⁾. Massgeblicher Zeitpunkt für den Beginn dieser Frist ist auch hier der Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung ²⁷⁰⁾ und nicht etwa der Zeitpunkt der technischen Anhebung der Ueberwachung oder das Datum der richterlichen Genehmigung.

265) Auf Bundesebene sind es Art. 32 OG (SR 173.110) und Art. 1 des Bundesgesetzes über den Fristenlauf an Samstagen (SR 173.110.3). Vgl. Huber P. a.a.O., S. 306; Peter, Geheimsphäre, S. 309.

266) sGS 961.1

267) Vgl. Lutz, Kommentar zum Gesetz über die Zivilrechtspflege, Erläuterungen zu Art. 129 ZP.

268) Vgl. Art. 2 f. des Gesetzes über die öffentlichen Ruhetage (sGS 454.1).

269) Vgl. Art. 114 b Abs. 2, 1. Satz StP. Sie kann indessen vom Untersuchungsrichter auch ohne weiteres auf einen kürzeren Zeitraum befristet oder vom Präsidenten der Anklagekammer für eine kleinere Zeitspanne genehmigt werden.

270) Vgl. vorne S. 82.

Der Untersuchungsrichter hat während der Gültigkeitsdauer seiner Verfügung in eigener Verantwortung zu prüfen, ob die Voraussetzungen zur Ueberwachung weiterhin gegeben sind. Ist dies nicht mehr der Fall, muss er die Ueberwachungs-massnahme unverzüglich aufheben ²⁷¹⁾. Die Aufhebungsverfügung ist im übrigen auf den Ablauf der sechsmonatigen Frist hin so rechtzeitig zu erlassen, dass die ausführenden Organe ²⁷²⁾ alles Notwendige vorkehren können, damit die Ueberwachung auch tatsächlich mit dem Ende der Frist abgebrochen wird.

Erachtet der Untersuchungsrichter die Fortsetzung der Ueberwachung über die sechsmonatige Frist hinaus als notwendig und liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, so kann er sie um jeweils weitere sechs Monate verlängern ²⁷³⁾. Die Verlängerung ist in einer begründeten ²⁷⁴⁾ Verfügung anzuordnen ²⁷⁵⁾. Sie muss dem Präsidenten der Anklagekammer spätestens zehn Tage vor Ablauf der Gültigkeitsdauer zur Genehmigung unterbreitet werden ²⁷⁶⁾. Die Einhaltung dieser

271) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 306.

272) Vgl. hinten S. 148 ff.

273) Vgl. Art. 114b Abs. 2, 2. Satz StP.

274) Vgl. Art. 114b Abs. 2, letzter Satz StP.

275) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 306 sowie vorne S. 77 ff. Die Verlängerungsverfügung hat den gleichen Anforderungen zu genügen wie die ursprüngliche Verfügung zur Anordnung der Ueberwachung.

276) Vgl. Art. 114b Abs. 2, letzter Satz StP.

Minimalfrist von zehn Tagen ist wiederum eine blosse Ordnungsvorschrift ²⁷⁷⁾. Dem Gesuch um Verlängerung der Ueberwachung sind abermals sämtliche massgebenden Akten beizufügen ²⁷⁸⁾, wozu nun namentlich auch die bisher erstellten Abhörprotokolle gehören.

Eine Ueberwachung, welche ohne eine genehmigte Verlängerungsverfügung über die Gültigkeitsdauer der ursprünglichen Verfügung hinaus fortgeführt oder für die keine neue genehmigungsbedürftige Verfügung erlassen wird, ist rechtswidrig ²⁷⁹⁾.

b) Entscheid über Genehmigung der Ueberwachung

aa) Verfügung des Präsidenten der Anklagekammer

Der Präsident der Anklagekammer prüft die untersuchungsrichterliche Verfügung gestützt auf die Begründung und die

277) Vgl. vorne S. 82. Dies erhellt schon daraus, dass der Untersuchungsrichter ja nach Ablauf der Gültigkeitsdauer gestützt auf Art. 114 i.V.m. 114b Abs. 1 StP eine neue Ueberwachungsverfügung erlassen und dafür das Gesuch um Genehmigung stellen könnte, anstatt die bestehende Verfügung zu verlängern.

278) Vgl. Art. 114b Abs. 2, letzter Satz StP sowie vorne S. 80.

279) Vgl. Schubarth, Kommentar, N. 27^a zu Art. 179 octies/400 bis StGB sowie hinten S. 198 ff.

Akten 280). Er genehmigt die Ueberwachung bzw. deren Verlängerung definitiv 281) oder vorläufig 282) oder aber er hebt sie auf 283, 284).

aaa) Kognition

Vorerst stellt sich die Frage, ob dem Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen eine reine Rechtskontrolle zusteht oder ob er auch in das Ermessen des Untersuchungsrichters eingreifen darf.

Entgegen der Regelung im Bund, die es dem Präsidenten der Anklagekammer nur ermöglicht, die Rechtmässigkeit der verfüigten Ueberwachung zu überprüfen 285), hat sich der Kanton St. Gallen für eine umfassende Rechts- und Ermessenskontrolle entschieden 286). Dies erlaubt es dem Präsidenten

280) Vgl. Art. 114c Abs. 1 StP.

281) Vgl. nachstehend bbb).

282) Vgl. nachstehend ccc).

283) Vgl. nachstehend ddd).

284) Vgl. Art. 114c Abs. 2 StP.

285) Vgl. Art. 66 ter Abs. 1 BStP; BB1 1976 I, S. 573; Ueberschreitung und Missbrauch des Ermessens stellen ebenfalls Rechtsverletzungen dar. Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 310.

286) Dies geht zwar aus dem Wortlaut von Art. 114c Abs. 1 und 2 StP nicht mit der wünschbaren Klarheit hervor. Die Materialien sind jedoch eindeutig. Bei den Gesetzgebungsarbeiten wurde dieser Unterschied zwischen der Regelung im Bund und im Kanton St. Gallen ausdrücklich hervorgehoben; vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 14 und 18 f. sowie Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 984. Ursprünglich war die Uebernahme der Bundesregelung vorgesehen; vgl. Art. 114 quater Abs. 2 des regierungsrätlichen Entwurfs in der Botschaft vom 18. August 1981.

der Anklagekammer und verpflichtet ihn zugleich, das Vorliegen der Voraussetzungen für die Ueberwachung ²⁸⁷⁾ zu prüfen und die tatsächlichen Gegebenheiten in den Schranken des Gesetzes frei zu würdigen ²⁸⁸⁾. Untersagt sind ihm lediglich Entscheide und Anordnungen, welche die Pflicht staatlicher Organe zur Verfolgung eines Deliktes oder zur Beachtung der Objektivität verletzen ²⁸⁹⁾.

bbb) Genehmigung

Sind die Voraussetzungen für die Ueberwachung erfüllt, und erachtet der Präsident der Anklagekammer die angeordnete Massnahme im konkreten Fall als angemessen, so genehmigt er den vom Untersuchungsrichter verfügten Ueberwachungseingriff ²⁹⁰⁾.

Er kann dies vorbehaltlos tun, indem er die untersuchungsrichterliche Verfügung so genehmigt, wie sie erlassen wurde. Nach erteilter Genehmigung darf die Ueberwachungsmassnahme vom Untersuchungsrichter nicht mehr ausgeweitet werden ²⁹¹⁾. Die Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer umfasst grundsätzlich sämtliche Elemente der untersuchungsrichterli-

287) Vgl. Art. 114c Abs. 2 StP sowie vorne S. 31 ff.

288) Vgl. Tschumper, a.a.O., S. 87, für die aargauische Strafprozessordnung, welche die gleiche Regelung enthält.

289) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 59. Gegen solche Entscheide stünde dem Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt nach Art. 19 Abs. 1 StP die Aufsichtsbeschwerde an den Grossen Rat offen.

290) Von den 34 bis heute eingegangenen Gesuchen wurden 28 definitiv genehmigt. Auf zwei wurde nicht eingetreten. Vgl. die Zusammenstellung vorne auf S. 24 ff.

291) Eine Einschränkung ist indessen ohne weiteres möglich; vgl. vorne S. 65.

chen Ueberwachungsverfügung ²⁹²⁾. Der Einbezug weiterer Personen ²⁹³⁾, die Anordnung einer anderen Kontrollmassnahme ²⁹⁴⁾, die Verlängerung der Massnahme über die verfügbare Dauer hinaus ²⁹⁵⁾ oder die Abklärung eines ursprünglich nicht in Betracht gezogenen Deliktes ²⁹⁶⁾ etwa erfordert deshalb eine neue - wiederum genehmigungsbedürftige - Verfügung des Untersuchungsrichters ²⁹⁷⁾. Eine Ausnahme von der Pflicht zur Einholung einer neuen richterlichen Genehmigung ist höchstens in Fällen gerechtfertigt, in denen die notwendigen Aenderungen der Ueberwachungsmassnahmen sich weder auf bisher nicht betroffene Dritte auswirken noch einen bisher nicht tangierten Persönlichkeitsbereich des Ueberwachten beeinträchtigen ²⁹⁸⁾. So darf der Untersuchungsrichter wohl - auch wenn dies nicht als völlig unbedenklich erscheint - z.B. bei einer Adressänderung des Ueberwachten, bei der Zuteilung einer neuen Telefonnummer an den Betroffenen oder bei der Einrichtung eines zusätzlichen Anschlusses für diese Person die notwendigen technischen Aenderungen veranlassen ²⁹⁹⁾. Dabei ist jedoch mit

292) Vgl. vorne S. 78 f.

293) Vgl. vorne S. 52.

294) Vgl. hinten S. 148 ff.

295) Vgl. vorne S. 39 f.

296) Z.B., wenn sich im Laufe der Ueberwachung ergibt, dass der Ueberwachte nicht nur als Rauschgift-händler, sondern auch noch als rühriger Hehler in Frage kommt; vgl. vorne S. 52 sowie hinten S. 193 ff.

297) Ebenso Huber P., a.a.O., S. 307.

298) Vgl. Huber P., ebenda.

299) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 306 f.

äusserster Sorgfalt darauf zu achten, dass die vorgenommenen Aenderungen oder Ergänzungen in bezug auf die materiellen Voraussetzungen der vom Richter genehmigten Massnahmen keinerlei Ausweitung der Ueberwachung bewirken³⁰⁰⁾. Im Zweifel hat der Untersuchungsrichter eine neue Verfügung zu erlassen und diese dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung vorzulegen.

Anstatt die Verfügung des Untersuchungsrichters vorbehaltlos zu genehmigen, kann der Richter seine Genehmigung aber auch mit Weisungen versehen^{301, 302)}. Diese können sich auf Inhalt, Form und Art der Ueberwachungsmassnahme beziehen. Sein Weisungsrecht³⁰³⁾ im Bereich der Ueberwachungseingriffe ist damit umfassend ausgestaltet³⁰⁴⁾.

300) Andernfalls wäre die Ueberwachung im nicht genehmigten Umfang rechtswidrig; vgl. dazu hinten S. 198 ff.

301) Vgl. vorne S. 86 f.

302) Der Präsident der Anklagekammer hat für zwei der insgesamt 34 bis heute verfüigten Ueberwachungsmassnahmen Weisungen erlassen. Vgl. die Zusammenstellung vorne auf S. 24 ff.

303) Vgl. Locher, a.a.O., S. 33.

304) Vgl. aber vorne S. 87; das Weisungsrecht darf selbstverständlich nicht missbraucht werden. Vgl. dazu auch vorne S. 65 Anm. 166; zuständige Disziplinarbehörde wäre diesfalls gemäss Art. 12 Abs. 2 DG (sGS 161.3) der Grosse Rat.

Das Weisungsrecht des Präsidenten* der Anklagekammer erstreckt sich indessen immer nur auf den konkreten Fall. Zum Erlass genereller Weisungen im Bereich der Ueberwachungsmassnahmen ist ausschliesslich die Anklagekammer als Kollegialbehörde befugt (Art. 10 Abs. 1 StP).

ccc) Vorläufige Genehmigung

Der Präsident der Anklagekammer kann die Ueberwachung auch nur vorläufig genehmigen ³⁰⁵⁾. Er wird dies vor allem dann tun, wenn entweder die untersuchungsrichterliche Verfügung unvollständig ist, d.h. nicht zu allen massgeblichen Punkten Stellung nimmt ³⁰⁶⁾, oder wenn aufgrund der eingereichten Akten die Notwendigkeit zur Ueberwachung zwar mindestens glaubhaft ³⁰⁷⁾ gemacht, jedoch nicht zur vollen Ueberzeugung des Richters dargetan ist ³⁰⁸⁾.

In diesen Fällen kann der Präsident der Anklagekammer dem Untersuchungsrichter Gelegenheit geben, seine Verfügung durch Ergänzung der Begründung, Vervollständigung der Akten oder in mündlicher Verhandlung zusätzlich zu rechtfertigen ³⁰⁹⁾. Eine mündliche Verhandlung ist vor allem dann hilfreich, wenn - wie dies nicht selten der Fall sein wird ³¹⁰⁾ - zu Beginn des Verfahrens Akten nur spärlich vorhanden sind.

305) Vgl. Art. 114c Abs. 3, 1. Satz StP. Eine vorläufige Genehmigung wurde vom Präsidenten der Anklagekammer in bisher drei Fällen erteilt; vgl. die Zusammenstellung vorne auf S. 24 ff.

306) Vgl. vorne S. 78 f.

307) Nach Lutz, a.a.O., N. 6 zu Art. 178 ZP verlangt "Glaubhaftmachung" vom Richter nicht volle Ueberzeugung, sondern nur einen weniger starken Grad von Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit einer Behauptung.

308) Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 310.

309) Vgl. Art. 114c Abs. 3, 2. Satz StP und die inhaltlich gleiche Regelung in Art. 66 ter Abs. 2 BStP.

310) Vgl. BB1 1976 I, S. 573; Peter, Geheimsphäre, S. 310.

Der Präsident der Anklagekammer setzt dem Untersuchungsrichter zur ergänzenden Begründung seiner Verfügung eine Frist an ³¹¹⁾. Diese hat sich nach dem voraussichtlichen zeitlichen Aufwand für die zusätzliche Begründung zu bemessen, sollte aber - wenn immer möglich ³¹²⁾ - innert der ordentlichen fünftägigen Frist von Art. 114d Abs. 1 StP enden ³¹³⁾. Verstreicht die gesetzte Frist wie auch eine allenfalls zusätzlich eingeräumte Notfrist ³¹⁴⁾ ungenutzt oder vermag die nachgereichte Begründung den Präsidenten der Anklagekammer nicht zu überzeugen, so verfügt dieser unverzüglich die Aufhebung der Ueberwachung ³¹⁵⁾.

ddd) Abweisung

Erachtet der Präsident der Anklagekammer die Voraussetzungen zur Ueberwachung als nicht erfüllt ³¹⁶⁾, so hebt er

311) Vgl. Art. 114c Abs. 3, 2. Satz StP.

312) Zwingend notwendig ist dies wohl nicht, da es sich bei der Frist von Art. 114d Abs. 1 StP um eine selbständige und zudem lediglich um eine Ordnungsfrist handelt; vgl. Huber P., a.a.O., S. 306 mit Hinweisen.

313) Vgl. hinten S. 93 sowie BB1 1976 I, S. 573.

314) Der Präsident der Anklagekammer ist gestützt auf Art. 3 StP i.V.m. 126 Abs. 2 ZP auch zur Ansetzung einer Notfrist berechtigt; vgl. Lutz, a.a.O., N. 2 zu Art. 126 ZP.

315) Vgl. Art. 114c Abs. 2 StP sowie nachstehend ddd).

316) Vgl. vorne S. 86 f.

sie auf ³¹⁷⁾. Damit ist der verbindliche Auftrag an den Untersuchungsrichter verbunden, die Ueberwachung sofort einstellen zu lassen, indem er die ausführenden Organe der PTT oder der Polizei ³¹⁸⁾ entsprechend anweist ³¹⁹⁾. Bereits erstellte Tonaufnahmen sind in der Regel ³²⁰⁾ zu löschen, Abhörprotokolle zu vernichten. Eine erneute Ueberwachungsmassnahme wegen des gleichen Deliktes gegen die nämliche Person ist nur möglich, wenn neue Tatsachen vorliegen, die eine Ueberwachung als gerechtfertigt erscheinen lassen ³²¹⁾.

bb) Eröffnung der Verfügung

Die Eröffnung des Entscheides über die Genehmigung der Ueberwachung erfolgt nur gegenüber dem Untersuchungsrichter ³²²⁾. Dem Betroffenen gegenüber bleibt er notwendigerweise geheim ³²³⁾.

317) Vgl. Art. 114c Abs. 2 StP sowie Peter, Gehör-
sphäre, S. 310, für die Regelung auf Bundesebene.
Dies ist bisher im Kanton St. Gallen noch nie ge-
schehen: vgl. die Zusammenstellung vorne auf
S. 24 ff.

318) Vgl. hinten S. 148 ff.

319) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 307; Schubarth, Kommentar,
N. 24 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

320) Vgl. hinten S. 124 f. und 212.

321) Vgl. die entsprechenden Bestimmungen der Art. 114c
StP und Art. 114d StP, die die Ueberwachung der
Gehör- und Sprechsphäre betreffen. Diese Bestimmungen
gelten aber nicht für die Ueberwachung der
Telefon- und Fernsprechanlagen.

322) Vgl. Art. 114c Abs. 2 StP, der die Ueberwachung
der Gehör- und Sprechsphäre betrifft. Diese Bestimmung
gilt aber nicht für die Ueberwachung der
Telefon- und Fernsprechanlagen. Vgl.
Art. 114d Abs. 2 StP.

323) Vgl. Peter, Gehör- und Sprechsphäre, S. 310.

Der Präsident der Anklagekammer fügt seinem Entscheid eine summarische Begründung bei ³²⁴⁾. Wenn diese Begründung auch kurz gehalten werden kann, so hat sie in gedrängter Form dennoch sämtliche Ueberlegungen zu enthalten, die zum Entscheid geführt haben. Nur so ist gewährleistet, dass den Untersuchungsbehörden in späteren Fällen Präjudizien als Entscheidungshilfen zur Verfügung stehen. Darüber hinaus erscheint eine vollständige Begründung auch als notwendig, um dem Ueberwachten die Ausübung seines Beschwerderechts zu ermöglichen und der Beschwerdeinstanz die erforderlichen Grundlagen für ihr Urteil zur Verfügung zu stellen ³²⁵⁾.

Der Präsident der Anklagekammer hat seine Verfügung dem Untersuchungsrichter innert fünf Tagen seit Beginn der Ueberwachung zu eröffnen ³²⁶⁾. Diese Frist ist, wie erwähnt ³²⁷⁾, eine blossе Ordnungsfrist, deren Nichteinhaltung nicht die Rechtswidrigkeit der Ueberwachung bewirkt ³²⁸⁾. Für die Berechnung der Frist gelten aufgrund der Verweisung von Art. 3 Abs. 2 StP die entsprechenden Bestimmungen im Zivilprozessrecht ³²⁹⁾.

324) Vgl. Art. 114d Abs. 1 StP.

325) Vgl. vorne S. 79; sinngemäss gleich Huber P., a.a.O., S. 306, der verlangt, dass der Entscheid aktenkundig gemacht wird.

326) De lege ferenda ist zu fordern, dass diese fünf-tägige Frist nicht generell erst mit der Anhebung der Ueberwachung beginnt, sondern für den Fall, dass die Ueberwachung noch nicht läuft, bereits mit dem Eingang des Genehmigungsgesuches beim Richter; vgl. dazu die Ueberlegungen vorne S. 80 ff.

327) Vgl. vorne S. 91, Anm. 312.

328) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 120 f.; Huber P., a.a.O., S. 306; StenF StR 1978 S. 299, NR 1978 S. 1363 ff.

329) Vgl. vorne S. 83.

3. Verfahren bei Einstellung der Ueberwachung

a) Zuständigkeit und Allgemeines

Wie zur Anordnung, so ist auch zur Einstellung der Ueberwachung der Untersuchungsrichter zuständig ³³⁰⁾. Er weist die ausführenden Organe der PTT oder der Polizei an, die Ueberwachung abubrechen ³³¹⁾. Diese Anweisung hat schriftlich zu erfolgen. Dadurch ist sichergestellt, dass das Ende der Massnahme aktenkundig wird ³³²⁾.

Um dem Präsidenten der Anklagekammer die Ausübung seiner Aufsichtspflicht ³³³⁾ zu ermöglichen, muss er von der Einstellung Kenntnis haben. Die Orientierung durch den Untersuchungsrichter hat aus Gründen der Klarheit und Beweisbarkeit schriftlich zu erfolgen, und zwar zweckmässigerweise mittels Zustellung einer Kopie der untersuchungsrichterlichen Einstellungsverfügung ³³⁴⁾.

b) Einstellungsfälle

Die Einstellung der Ueberwachung erfolgt in den drei nachfolgenden, im einzelnen zu besprechenden Fällen.

330) Vgl. Art. 114c StP.

331) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 307.

332) Vgl. vorne S. 93. Die Dauer der Ueberwachung kann ebenfalls Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens sein.

333) Vgl. Art. 114d Abs. 2 StP und nachstehend c).

334) Das Gesetz enthält bezüglich der Form der Orientierung keinerlei Vorschrift. Da dieser Verfahrensgang den Ueberwachten nicht unmittelbar betrifft, ist die Schriftlichkeit nicht zwingend.

aa) Wegfall der Voraussetzungen zur Ueberwachung

Sobald durch die Ueberwachung oder durch eine andere Untersuchungshandlung hinreichende Beweise für die Täterschaft des Verdächtigen vorliegen, muss die Ueberwachung abgebrochen werden. Sie darf nicht länger dauern als unbedingt notwendig³³⁵⁾, selbst wenn sie vom Präsidenten der Anklagekammer für einen längeren Zeitraum bewilligt wurde oder bei einer nicht ausdrücklich befristeten Massnahme die Höchstdauer von sechs Monaten³³⁶⁾ noch nicht abgelaufen ist.

Eine unverzügliche Einstellung der Ueberwachung hat selbstverständlich auch dann zu erfolgen, wenn der Verdacht durch diese oder andere Untersuchungshandlungen entkräftet wurde³³⁷⁾ und der Verdächtige als unschuldig erscheint. Gleiches gilt, falls sich erweist, dass der Verdächtige zwar ein anderes als das vermutete Delikt verübt hat, die aufgedeckte Straftat indessen geringfügiger ist als die ihm ursprünglich vorgeworfene und für das leichtere Delikt die Ueberwachungs-massnahme nicht in Frage gekommen wäre³³⁸⁾.

Anders liegt der Fall, wenn sich während der Dauer der Ueberwachung plötzlich Hinweise darauf ergeben, dass ein Delikt begangen wurde, welches bisher nicht Gegenstand der Untersuchung war, das jedoch eine Ueberwachung zweifellos recht-

335) Vgl. vorne S. 39 f. sowie BJM 1984, S. 220 f.

336) Vgl. vorne S. 83 ff.

337) Vgl. vorne S. 51 ff.

338) Vgl. vorne S. 36 ff.

fertigen würde ³³⁹⁾. Zwar haben auch in diesem Fall die ursprünglichen Voraussetzungen zur Ueberwachung eine entscheidende Aenderung erfahren und sind allenfalls sogar weggefallen ³⁴⁰⁾. Da die Ueberwachung jedoch auch unter den geänderten Voraussetzungen weiterhin zulässig wäre, kann ein sofortiger Abbruch der Massnahme wohl unterbleiben, und es genügt, wenn der Untersuchungsrichter unverzüglich eine neue Verfügung erlässt und sie dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung unterbreitet ³⁴¹⁾.

bb) Aufhebung der Verfügung

Erachtet der Präsident die Voraussetzungen zur Ueberwachung als nicht erfüllt, so verfügt er deren Aufhebung ³⁴²⁾ und weist den Untersuchungsrichter an, die Massnahme abzubauen ³⁴³⁾.

cc) Ablauf der Frist

Der Untersuchungsrichter stellt die Ueberwachung auf das Ende der sechsmonatigen Frist von Art. 114b StP ³⁴⁴⁾

339) Zu denken ist etwa daran, dass jemand des Rauschgifthandels verdächtigt und deswegen überwacht wird, sich dann aber während der Ueberwachung herausstellt, dass er in ein Tötungsdelikt verwickelt ist. Es handelt sich dann dabei um einen sog. Zufallsfund; vgl. hinten S. 193 ff.

340) Nämlich dann, wenn sich der ursprüngliche Verdacht als falsch erweist.

341) Vgl. vorne S. 87 ff. und hinten S. 193 ff.

342) Vgl. Art. 114c Abs. 2 StP.

343) Vgl. vorne S. 91 f.

344) Vgl. vorne S. 83 f.

hin ein, wenn er entweder eine Verlängerung über diesen Zeitpunkt hinaus nicht als notwendig erachtet ³⁴⁵⁾ oder sein Gesuch um Verlängerung der Massnahme vom Präsidenten der Anklagekammer nicht genehmigt wird ³⁴⁶⁾.

c) Aufsicht über die Einstellung

Der Präsident der Anklagekammer "achtet darauf, dass die Ueberwachung nach Ablauf der Frist aufgehoben wird" ³⁴⁷⁾.

Aufgrund des Wortlautes von Art. 114d Abs. 2 StP könnte man zur Ansicht neigen, dem Präsidenten der Anklagekammer kämen bezüglich der Einstellung der Ueberwachung nur in den Fällen Aufsichtsrechte und -pflichten zu, in denen die Ueberwachungsmassnahme zufolge Ablaufes der von ihm angesetzten Frist oder der gesetzlichen Höchstdauer von sechs Monaten zu Ende geht. Dem ist jedoch nicht so. Wegen seiner umfassenden Kognition ³⁴⁸⁾ trägt er gegenüber dem Grossen Rat als oberster Aufsichtsbehörde in der Strafrechtspflege ³⁴⁹⁾ die volle Verantwortung ³⁵⁰⁾ für sämtliche der von ihm genehmigten Ueberwachungen. Diese Stellung im Bereich der Ueberwachungseingriffe ist ohne die Befugnis zur Aufsicht über Anordnung und eben auch Einstellung sämtlicher Ueberwachungen nicht vorstellbar. Der Präsident der Anklagekammer hat daher die

345) Vgl. vorne S. 95.

346) Vgl. vorne S. 84 f.

347) Art. 114d Abs. 2 StP. Vgl. auch die praktisch gleichlautende Bestimmung von Art. 66 quater Abs. 2 BStP.

348) Vgl. vorne S. 86 f.

349) Vgl. Art. 19 Abs. 1 StP sowie Locher, a.a.O., S. 35.

350) Sowohl was die Rechtmässigkeit der Ueberwachungen als auch was ihre Angemessenheit betrifft.

Pflicht und das Recht, auch auf die Einstellung von Ueberwachungen zufolge Aufhebung der untersuchungsrichterlichen Verfügung ³⁵¹⁾ und zufolge Wegfalles der Voraussetzungen ³⁵²⁾ zu achten. Er führt deshalb zweckmässigerweise eine Kontrolle der hängigen Ueberwachungen, aus der insbesondere die Einhaltung der gesetzlichen und von ihm selbst angesetzten Fristen hervorgeht ³⁵³⁾.

Um dem Präsidenten die Ausübung dieser Aufsicht zu ermöglichen, muss er, wie erwähnt ³⁵⁴⁾, vom Untersuchungsrichter über die Einstellung sämtlicher Ueberwachungen orientiert werden.

4. Verfahren nach Abschluss der Ueberwachung

Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich auf folgende Verfahrensgänge: Nach Abschluss der Ueberwachung muss dem Betroffenen von der gegen ihn durchgeführten Massnahme re-

351) Vgl. vorne S. 96.

352) Vgl. vorne S. 95 f. Dieser Fall wird wohl keine grosse praktische Bedeutung erlangen, da der Präsident der Anklagekammer bei langdauernden Ueberwachungsmassnahmen sowieso spätestens alle sechs Monate um seine Genehmigung ersucht werden muss. Immerhin ist vorstellbar, dass er auch während der Dauer einer genehmigten Ueberwachung vom Untersuchungsrichter Rechenschaft über das weitere Vorhandensein der Voraussetzungen zur Ueberwachung fordert.

353) Vgl. BB1 1976 I, S. 573.

354) Vgl. vorne S. 94.

gelmässig Mitteilung gemacht werden ³⁵⁵⁾. Er kann dann gegen die Ueberwachung bei der Anklagekammer Rechtsverweigerungsbeschwerde erheben ³⁵⁶⁾. Ist das Strafverfahren abgeschlossen, werden die nicht verwerteten Aufzeichnungen vernichtet ³⁵⁷⁾. Einige wenige Betrachtungen gelten schliesslich noch den durch die Ueberwachung verursachten Kosten ³⁵⁸⁾.

a) Mitteilungspflicht

aa) Allgemeines

Das Bundesrecht kennt die Pflicht der Behörden zur nachträglichen Mitteilung der Ueberwachung an den Betroffenen nicht. Der Bundesgesetzgeber erachtete die richterliche Genehmigung zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens als genügend und verzichtete auf die Statuierung einer Mitteilungspflicht ³⁵⁹⁾. Begründet wurde dies im wesentlichen damit, dass eine nachträgliche Mitteilung entweder die Betroffenen warnen und auf diese Weise die Zwecke der Strafverfolgung beeinträchtigen oder - sollte es sich erweisen, dass der Tatverdacht falsch war - einen Unschuldigen unnötigerweise beunruhigen würde ³⁶⁰⁾.

355) Vgl. nachstehend a).

356) Vgl. nachstehend b).

357) Vgl. nachstehend c).

358) Vgl. nachstehend d).

359) Vgl. BB1 1976 1, S. 557 und 567; Huber P., a.a.O., S. 308; Peter, Geheimsphäre, S. 312:

360) Vgl. BB1 1976 1, S. 567; StenB NR 1977, S. 475; Tschumper, a.a.O., S. 87.

Aehnliche Ueberlegungen fanden auch Eingang in die parlamentarischen Beratungen im Kanton St. Gallen ³⁶¹⁾. Sowohl in der vorberatenden Kommission wie auch im Grossen Rat bildete sich indessen jeweils eine klare Mehrheit für die Einführung der Mitteilungspflicht ³⁶²⁾:

Die überwiegende Anzahl der Kantone sieht in Anlehnung an die eidgenössische Regelung und im Gegensatz zum Kanton St. Gallen nicht vor, dass der Betroffene nachträglich von der Ueberwachung informiert werden muss ³⁶³⁾. In zwei Urteilen vom 9. November 1983 und vom 9. Mai 1984 hatte nun jedoch das Bundesgericht Gelegenheit, die Ueberwachungsbestimmungen der Kantone Basel-Stadt und Zürich, welche beide die Mitteilungspflicht im Gesetz nicht ausdrücklich verankert haben, auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen. Es hat dabei insbesondere festgestellt, dass das in Art. 13 EMRK ³⁶⁴⁾ garantierte Beschwerderecht des Einzelnen gegen staatliche Zwangsmassnahmen nur ausgeübt werden kann, wenn der Betroffene über die gegen ihn durchgeführte Ueberwachung nachträglich in Kenntnis gesetzt wird. Dieses Beschwerderecht aber dürfe grundsätzlich nicht unterlaufen

361) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 985 f.

362) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 19 ff., und vom 19. April 1982, S. 2 ff.; Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 984 ff., und vom 3. Mai 1982, S. 1061 ff.

363) Vgl. Zusammenstellung bei Schubarth, Kommentar, N. 16b zu Art. 179 octies/400 bis StGB: Entsprechende Bestimmungen kennen nur die Kantone BE, NW, ZG, SO, SG, AG, TG.

364) Die Bestimmungen der EMRK sind in den Kantonen als integriertes Bundesrecht direkt anzuwenden; vgl. Bischofberger, a.a.O., S. 37 f.

werden, indem keine Mitteilung erfolge. Die Bestimmungen jener Kantone, die eine Mitteilungspflicht nicht ausdrücklich vorsähen, seien verfassungskonform so zu interpretieren, dass der Betroffene nachträglich orientiert werden müsse, sofern dadurch nicht gewichtige öffentliche Interessen beeinträchtigt würden ³⁶⁵⁾.

bb) Regel

"Der Untersuchungsrichter teilt dem Betroffenen Grund und Dauer der Ueberwachung mit, sobald der Stand der Untersuchung es erlaubt." ³⁶⁶⁾ Dieser sehr allgemein gehaltene Gesetzestext wirft namentlich Fragen auf in bezug auf den Adressaten ³⁶⁷⁾, den Umfang ³⁶⁸⁾, den Zeitpunkt ³⁶⁹⁾ und die Form ³⁷⁰⁾ der vorgeschriebenen Mitteilung.

aaa) Adressat

Informiert werden muss der "Betroffene". In einem weiten Sinn betroffen ist nur zwar jeder, der von der Ueberwa-

365) Vgl. Pr 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 232 f.; BGE 109 Ia 298 ff.; Schubarth, Kommentar, N. 16b zu Art. 179 octies/400 bis StGB; Noll, Ueberwachung, S. 70 f., hat schon 1975 aufgrund ähnlicher Ueberlegungen die Konstituierung der Mitteilungspflicht gefordert.

366) Art. 114g Abs. 1 StP

367) Vgl. nachstehend aaa).

368) Vgl. nachstehend bbb).

369) Vgl. nachstehend ccc).

370) Vgl. nachstehend ddd).

chungsmassnahme direkt oder indirekt erfasst wird ³⁷¹⁾. Wollte man jedoch die Mitteilungspflicht auf sämtliche dieser auf irgend eine Weise mit der Ueberwachungsmassnahme in Berührung gekommenen Personen erstrecken ³⁷²⁾, so entstünde eine absurde Situation ³⁷³⁾. Informiert werden müsste etwa der Milchmann, dessen Morgengruss mittels eines im Haus des Verdächtigen angebrachten Minispions auf Tonband aufgenommen wurde oder jeder Teilnehmer eines Gespräches, das über einen abgehörten Telefonapparat geführt wird. In den meisten Fällen könnten wohl die in diesem weitesten Sinne Betroffenen gar nicht identifiziert werden.

Betroffen im Sinne der Bestimmung von Art. 114g Abs. 1 StP und damit Adressat der Mitteilung ist vielmehr nur, wer als Angeschuldigter oder Verdächtiger ³⁷⁴⁾ oder als Drittperson ³⁷⁵⁾ direkt Objekt der Ueberwachungsmassnahme ist ³⁷⁶⁾ und als solches schon in der Ueberwachungsverfügung des Un-

371) Z.B. jeder Benützer einer abgehörten öffentlichen Telefonkabine oder jede Person, die mit dem Verdächtigen, dessen Anschluss überwacht wird, telefonisch in Kontakt tritt.

372) So Peter, Geheimsphäre, S. 312.

373) Vgl. Meyer, a.a.O., S. 299.

374) Vgl. vorne S. 50 ff.

375) Vgl. vorne S. 53 ff. Die überwachte Drittperson wird diesbezüglich gleich gestellt mit jener Drittperson, die durch die Beschlagnahme von Gegenständen betroffen wird; vgl. GVP 1973 Nr. 25.

376) Dies wurde im Grossen Rat ausdrücklich betont; vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 20 f. sowie Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 986 und 988.

tersuchungsrichters ³⁷⁷⁾ genannt wird ³⁷⁸⁾. Nur die Angehörigen dieses Personenkreises sind direkt in ihren Rechten beeinträchtigt und bedürfen des Schutzes, der durch die Mitteilung und die Beschwerdemöglichkeit gewährt wird ³⁷⁹⁾.

bbb) Umfang

Fraglich ist, ob sich der Untersuchungsrichter darauf beschränken darf, dem Betroffenen Grund und Dauer der Ueberwachung ³⁸⁰⁾ mitzuteilen, ohne ihm auch gleichzeitig Akteneinsicht zu gewähren ³⁸¹⁾.

Sinn der Mitteilungspflicht ist es, den Betroffenen über die gegen ihn angeordnete Massnahme ins Bild zu setzen und ihm damit die Beschreitung des Beschwerdeweges zu ermöglichen ³⁸²⁾. Dieses Beschwerderecht ³⁸³⁾ kann er vernünftig nur ausüben, wenn er über sämtliche Umstände informiert wird, die zur Anordnung der Ueberwachung geführt haben. Er muss aber nicht nur in die Lage versetzt werden, zu prüfen,

377) Vgl. vorne S. 78 f.

378) Vgl. GVP 1973 Nr. 25, wo im Zusammenhang mit der Legitimation zur Rechtsverweigerungsbeschwerde dargelegt wird, wer "Betroffener" im Sinne von Art. 204 Abs. 1 StP ist.

379) Vgl. hinten S. 113 ff. sowie Meyer, a.a.O., S. 299.

380) So die Formulierung in Art. 114g Abs. 1 StP.

381) Diese Frage wurde in der vorberatenden Kommission zwar aufgeworfen, nicht aber diskutiert; vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 20.

382) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 989.

383) Vgl. hinten S. 113 ff.

ob die Anordnung der Massnahme rechtmässig war, sondern auch, ob sich die zuständigen Behörden bei deren Durchführung an den durch Gesetz und Genehmigungsverfügung des Präsidenten der Anklagekammer vorgegebenen Rahmen gehalten haben. Um diese Ueberprüfung zu gewährleisten, genügt es nicht, den Betroffenen lediglich im Sinne einer summarischen Orientierung über Grund und Dauer der Ueberwachung zu informieren. Es muss ihm darüber hinaus Gelegenheit gegeben werden, Einsicht in die Anordnungsverfügung des Untersuchungsrichters ³⁸⁴⁾, die Genehmigungsverfügung des Präsidenten der Anklagekammer ³⁸⁵⁾ und sämtliche Abhörprotokolle ³⁸⁶⁾ zu nehmen. Wird die Uebereinstimmung der Protokolle mit den Tonaufnahmen in Zweifel gezogen, so muss der Betroffene die Möglichkeit haben, auch dies zu überprüfen; die Aufnahme ist ihm vorzuspielen. Sinn und Zweck ³⁸⁷⁾ der Mitteilungspflicht lassen keine andere Auslegung von Art. 114g Abs. 1 StP zu.

ccc) Zeitpunkt

Die Mitteilung muss erfolgen, "sobald der Stand der Untersuchung es erlaubt" ³⁸⁸⁾. Diese Formulierung ist ziemlich unbestimmt ausgefallen und bedarf daher einiger Erläuterungen.

384) Vgl. vorne S. 77 ff.

385) Vgl. vorne S. 85 ff.

386) Vgl. hinten S. 151 f. und 157 f.

387) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 25.

388) Vgl. Art. 114g Abs. 1 und 60 Abs. 1 StP, deren Formulierungen bezüglich des Zeitpunktes übereinstimmen. Art. 60 StP hält das Recht der Parteien des Strafverfahrens auf Akteneinsicht fest.

Vorab kann einmal als Selbstverständlichkeit festgehalten werden, dass die Mitteilung erst nach Abschluss der Ueberwachung zu erfolgen hat ³⁸⁹⁾, wobei es keine Rolle spielt, ob die Massnahme mangels Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer nur kurz nach deren Anhebung wieder abgebrochen wurde ³⁹⁰⁾ oder ob sie einige Zeit gedauert hat. Die Mitteilung soll generell gesagt dann erfolgen, wenn gewährleistet ist, dass weder die Untersuchung, für welche die betreffende Ueberwachung angeordnet wurde, noch andere allenfalls parallel laufende Verfahren ³⁹¹⁾ durch eine Warnung der Beteiligten beeinträchtigt werden ³⁹²⁾. Eine Beeinträchtigung ist namentlich in den Fällen ausgeschlossen, in denen keine Kollusionsgefahr mehr besteht ³⁹³⁾. Diese Gefahr wiederum ist in der Regel spätestens dann nicht mehr zu fürchten, wenn die Untersuchung als abgeschlossen gelten kann und entweder die Aufhebung des Verfahrens oder die Ueberweisung zur gerichtlichen Beurteilung bevorsteht ³⁹⁴⁾.

389) Dies folgt aus dem Umstand, dass die Ueberwachung nur dann Erfolg verspricht und überhaupt als sinnvoll erscheint, wenn sie dem Ueberwachten verborgen bleibt. Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 19.

390) Vgl. vorne S. 91 f. und 96.

391) Zu denken ist hier vor allem an Fälle, in denen gegen mehrere Beteiligte an der organisierten Begehung von Straftaten verschiedene Strafverfahren im Gange sind.

392) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 19. April 1982, S. 3; Peter, Geheimsphäre, S. 312.

393) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 188 f.; Noll, Strafprozessrecht, S. 74.

394) Vgl. Art. 121 ff. StP.

Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass dem Betroffenen die Mitteilung der Ueberwachung spätestens im Zeitpunkt des Abschlusses der gegen ihn oder auf irgend eine Weise mit seiner Person zusammenhängenden ³⁹⁵⁾ Strafuntersuchung zukommen muss; wenn dies nach der Ueberzeugung des Untersuchungsrichters gefahrlos möglich ist, hat die Mitteilung schon früher zu erfolgen.

ddd) Form

Der Untersuchungsrichter erlässt eine schriftliche Mitteilung an den Betroffenen. Diese Mitteilung umfasst folgende Bestandteile:

Sie gibt einmal summarisch über Grund und Dauer der Ueberwachung ³⁹⁶⁾ Auskunft ³⁹⁷⁾. Eine ausführliche Orientierung erübrigt sich, da dem Betroffenen ein bezüglich der Ueberwachungsmassnahme umfassendes Recht zur Akteneinsicht ³⁹⁸⁾ zu- steht. Der Untersuchungsrichter hat in seiner Mittei-

395) Ein solcher Zusammenhang ist gegeben, wenn der Ueberwachte mit dem Täter durch die Tat (z.B. als Mittäter) oder durch persönliche Beziehungen (z.B. als Ehefrau) verbunden ist.

396) Diesbezüglich genügt m.E. etwa die Bemerkung: "Telefonabhörung vom 3. April bis 15. Mai 1984 wegen des Verdachts des schweren Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz" oder "Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte vom 20. Juli bis 29. Dezember 1985 aufgrund der begründeten Annahme, dass Kontakte mit dem als Hehler verdächtigen X bestehen."

397) Vgl. Art. 114g Abs. 1 StP.

398) Vgl. vorne S. 103 f.

lung dem Betroffenen im weiteren eine angemessene Frist zur Einsichtnahme in die Akten anzusetzen ³⁹⁹⁾. Diese Frist sollte mindestens 10 ⁴⁰⁰⁾ und höchstens 30 ⁴⁰¹⁾ Tage betragen. Zuguterletzt muss die Mitteilung an den Betroffenen eine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Sie hat ausdrücklich auf die Bestimmung von Art. 114g Abs. 3 StP hinzuweisen, die dem Betroffenen das Recht einräumt, gegen die Ueberwachung bei der Anklagekammer Rechtsverweigerungsbeschwerde zu erheben ⁴⁰²⁾.

cc) Ausnahme

Grundsätzlich ist die Mitteilung über die Ueberwachung zwingend ⁴⁰³⁾ vorgeschrieben. Dem Untersuchungsrichter steht lediglich bei der Bestimmung des Zeitpunktes der Mitteilung ein gewisses Ermessen zu ⁴⁰⁴⁾. Diese Regel erfährt nun je-

399) Vgl. Art. 121 Abs. 1 StP. Diese Bestimmung sieht für das Recht der Parteien zur Akteneinsicht nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens ebenfalls eine Befristung vor. Es rechtfertigt sich wohl, diese Regelung analog anzuwenden.

400) Dies in Anlehnung an die Praxis bezüglich der "Mitteilung an die Parteien" im Sinne von Art. 121 Abs. 1 StP; vgl. Form. StP 2.1-2.79-3000.

401) Die Höchstgrenze von 30 Tagen ergibt sich aus Art. 205 Abs. 2 StP, welche Bestimmung für die Anhebung der Rechtsverweigerungsbeschwerde (vgl. hinten b) eine Frist von 30 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides - hier der Mitteilung der Ueberwachung - einräumt.

402) Vgl. hinten S. 113 ff.

403) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 987.

404) Vgl. vorne S. 106.

doch eine Durchbrechung: "Würde die Mitteilung wichtige Interessen der Strafverfolgung beeinträchtigen, so kann sie mit Zustimmung des Präsidenten der Anklagekammer ausnahmsweise unterbleiben." ⁴⁰⁵⁾ Die Statuierung dieser Ausnahme war im Grossen Rat umstritten und fand in der geltenden Fassung erst in der zweiten Lesung Aufnahme im Gesetz ⁴⁰⁶⁾.

aaa) Materielle Voraussetzungen

Zu prüfen ist in erster Linie, welche Tragweite dieser Ausnahmeregelung zukommt. Das Gesetz räumt die Möglichkeit ein, von der Mitteilung des Betroffenen abzusehen, wenn "wichtige Interessen der Strafverfolgung" auf dem Spiel stehen. Zur Erläuterung dieser Formulierung wurde im Grossen Rat ein Beispiel angeführt: Ein zweifacher Mörder sei aus dem Strafvollzug ausgebrochen und habe nur deshalb wieder gefasst werden können, weil das Telefon einer Drittperson abgehört worden sei ⁴⁰⁷⁾. Dieses Beispiel ist nun aber denkbar ungeeignet, die Bedeutung der Ausnahmeregelung zu illustrieren, ja es handelt sich bei genauer Betrachtung nicht einmal um einen Anwendungsfall von Art. 114g Abs. 2 StP. Es geht in dem als Beispiel angeführten Fall nämlich nur darum, den flüchtigen Verbrecher nicht durch eine zu frühe Mitteilung

405) Vgl. Art. 114g Abs. 2 StP.

406) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 3. Mai 1982, S. 1062 f.

407) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 3. Mai 1982, S. 1063.

der Ueberwachung an die Kontaktperson zu warnen, und so seine Verhaftung zu vereiteln ⁴⁰⁸⁾. Befindet sich der Mörder aber wieder im Gewahrsam der Behörden, so steht einer Mitteilung nichts mehr im Wege. Mit anderen Worten kann in diesem Beispiel nicht der Grundsatz der Mitteilungspflicht in Frage gestellt werden, sondern steht nur der Zeitpunkt zur Diskussion. Genau diesen Fall aber will die Ausnahmebestimmung von Art. 114g Abs. 2 StP nicht regeln. Er ist erfasst durch Art. 114g Abs. 1 StP, der den Untersuchungsrichter erst dann zur Mitteilung verpflichtet, wenn der Stand der Untersuchung es erlaubt ⁴⁰⁹⁾.

Soll die Tragweite von Art. 114g Abs. 2 StP festgestellt werden, so ist einmal davon auszugehen, dass die Mitteilungspflicht die Regel und der Verzicht auf die Mitteilung die Ausnahme ist. Allein diese Stellung als Ausnahmeregelung gebietet bereits eine gewisse Zurückhaltung bei deren Anwendung ⁴¹⁰⁾. Nun hat das Bundesgericht aber darüber hinaus in

408) Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 312. Im übrigen stellt sich in diesem Fall gar die Frage, ob die Ueberwachung gestützt auf Art. 179 octies StGB überhaupt hätte angeordnet werden dürfen. Diese Frage wäre - bei Vorliegen auch der weiteren Voraussetzungen - nur zu bejahen, wenn beim Ausbruch des Mörders ein Straftatbestand (z.B. Art. 310 oder 311 StGB) gesetzt worden wäre. Würde dies nicht zutreffen und wäre die Ueberwachungsmassnahme lediglich zur Ermöglichung des Strafvollzuges verfügt worden, so wäre sie unzulässig: vgl. vorne S. 33, Anm. 43.

409) Vgl. vorne S. 104 ff.

410) Vgl. Germann, Gesetzesauslegung, S. 98.

seinem neuesten Entscheid zur Ueberwachung ⁴¹¹⁾ festgehalten, dass eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht nur gerechtfertigt ist, wenn einer Mitteilung "gewichtige öffentliche Interessen" entgegenstehen. Ob solche Interessen vorlägen, sei nach einem strengen Massstab zu beurteilen. Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Verzichtes auf die Mitteilung werden somit vom Bundesgericht anders umschrieben als vom st. gallischen Gesetzgeber: Während das Bundesgericht von "gewichtigen öffentlichen Interessen" spricht, will das kantonale Recht eine Ausnahme dann zulassen, wenn "wichtige Interessen der Strafverfolgung" beeinträchtigt werden. Der kantonale Begriff erscheint mithin als enger; das "öffentliche Interesse" gebietet nämlich den Schutz jeder Bedrohung der öffentlichen Ordnung in allen Bereichen des Staatswesens ⁴¹²⁾, das Interesse der "Strafverfolgung" will nur den reibungslosen Ablauf der staatlichen Tätigkeit in einem abgegrenzten Teilbereich sicherstellen. Dieses Abweichen der kantonalen Regelung von den durch das Bundesgericht vorgeschriebenen Minimalerfordernissen ist ohne weiteres zulässig. Indem die Ausnahme des in Art. 13 EMRK garantierten Beschwerderechts ⁴¹³⁾ enger gefasst wird, geht der Schutz dieses Grundrechtes im Kanton St. Gallen ja weiter als dies vom Bundesgericht gefordert wird ⁴¹⁴⁾.

411) Vgl. Pr 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 231 ff.;
BGE 109 Ia 300 f.

412) Vgl. Hangartner, a.a.O., S. 83.

413) Vgl. vorne S. 100.

414) Vgl. Hangartner, a.a.O., S. 16 ff.

Die praktische Bedeutung dieser Verschiedenheit ist jedoch gering. In der Regel wird sich das Interesse des Gemeinwesens an der definitiven Geheimhaltung der Ueberwachungsmassnahme auf Fälle beschränken, in denen durch die Mitteilung die Ueberführung des Täters vereitelt oder die Verfolgung von Komplizen erschwert bzw. verunmöglicht würde. Berührt ist in diesen Fällen aber lediglich ein Teilbereich des öffentlichen Interesses, eben das Interesse der Strafverfolgung ⁴¹⁵⁾. Andere öffentliche Interessen ⁴¹⁶⁾, die selbständig einen Verzicht auf eine Mitteilung erfordern könnten, sind kaum vorstellbar ⁴¹⁷⁾.

Wenn das Gesetz von "wichtigen" Interessen spricht, die eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht zu rechtfertigen vermögen, so wird damit festgehalten, dass nicht jede Beeinträchtigung von Interessen der Strafverfolgung genügt ⁴¹⁸⁾. Da das in Art. 13 EMRK garantierte Beschwerderecht ein sehr bedeutendes privates Interesse darstellt ⁴¹⁹⁾, muss in der Mitteilung vielmehr eine schwere Beeinträchtigung der Strafver-

415) Dazu gehören auch die vom Bundesgericht in seinen jüngsten Urteilen u.a. als Beispiele angeführten Fälle: Fahndung nach einem Drogenring, Terrorismusbekämpfung, Spionageabwehr; vgl. Pr 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 227 f.; BGE 109 Ia 300 f.

416) Vgl. die Zusammenstellung der Bereiche des öffentlichen Interesses bei Knapp, a.a.O., S. 23 und 81.

417) Namentlich in Fällen, in denen ein Staatsschutzinteresse an der Geheimhaltung besteht - zu denken ist vor allem an die Spionageabwehr - ist regelmässig auch ein Strafverfolgungsinteresse gegeben; vgl. Art. 265 ff. StGB.

418) Vgl. vorne S. 110.

419) Vgl. vorne S. 100.

folgungsinteressen liegen, damit ausnahmsweise auf sie verzichtet werden darf⁴²⁰⁾.

In welchen Fällen sind nun diese Voraussetzungen erfüllt? Sicherlich immer dann nicht, wenn eine Mitteilung der Ueberwachung lediglich zu früh käme, es mit anderen Worten nur vom Zeitpunkt der Mitteilung abhängt, ob sie den Interessen der Strafverfolgung schadet oder nicht⁴²¹⁾. In all diesen Fällen muss die Mitteilung der Ueberwachung zwingend⁴²²⁾ erfolgen, wenn auch nötigenfalls erst längere Zeit nach deren Abschluss⁴²³⁾. Ein völliger Verzicht auf die Mitteilung ist hingegen nur möglich, wenn ein eminentes Interesse vorliegt, dass die Ueberwachung dem Betroffenen für immer verborgen bleibt. Für eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht bleibt damit nur noch verschwindend wenig Raum⁴²⁴⁾.

420) Vgl. Pr 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 232; BGE 109 Ia 301; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 336.

421) Vgl. vorne S. 108 f.

422) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 987.

423) Vgl. vorne S. 104 f. sowie Noll, Ueberwachung, S. 70 f.

424) Ein solcher Fall wäre etwa dann gegeben, wenn durch einen Verzicht auf die Mitteilung verhindert werden könnte, dass eine Verbrecherorganisation oder ein fremder Nachrichtendienst überhaupt auf die Idee käme, einer ihrer Angehörigen werde überwacht. Diese Vorstellung ist indessen wohl kaum realistisch, weil davon ausgegangen werden darf, dass ein "moderner" Straftäter mit der Möglichkeit einer Ueberwachungs-massnahme rechnet; vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 19. April 1982, S. 4.

bbb) Formelle Voraussetzungen

Ueber den ausnahmsweisen Verzicht auf die Mitteilung entscheidet der Präsident der Anklagekammer ⁴²⁵⁾. Erachtet der Untersuchungsrichter die Voraussetzungen als gegeben, stellt er dem Präsidenten der Anklagekammer ein entsprechendes Gesuch. Sowohl das Gesuch des Untersuchungsrichters als auch der Entscheid des Präsidenten der Anklagekammer müssen schriftlich erfolgen ⁴²⁶⁾.

b) Rechtsverweigerungsbeschwerde ⁴²⁷⁾

Gegen die Ueberwachung kann Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden ⁴²⁸⁾.

aa) Allgemeines

Der st. gallische Gesetzgeber hat die Rechtsverweigerungsbeschwerde vorgesehen, obwohl deren Einführung sehr umstritten war und weder der Bund noch die Mehrzahl der übrigen Kantone

425) Vgl. Art. 114g Abs. 2 StP.

426) Nur auf diese Weise ist gewährleistet, dass der Grosse Rat als oberste Aufsichtsbehörde über die Strafrechtspflege seine Kontrollrechte und -pflichten wahrnehmen kann; vgl. Art. 19 Abs. 1 StP.

427) Das st. gallische Strafprozessrecht regelt die Rechtsverweigerungsbeschwerde in den Art. 204 ff. StP. Eine kurze Darstellung dieses Rechtsmittels findet sich bei Kühnis, Das Rechtsmittel der Berufung in der st. gallischen Strafrechtspflege, S. 8 f.

428) Vgl. Art. 114g Abs. 3 StP.

ein Rechtsmittel gegen die Ueberwachung ausdrücklich im Gesetz verankert haben ⁴²⁹⁾. Dagegen wurde vor allem vorgebracht, sie stelle einen unnützen, weil verspäteten Rechtsschutz dar, der auf die bereits durchgeführte Ueberwachungsmassnahme keinen Einfluss mehr nehmen könne. Dem Schutzbedürfnis des Betroffenen sei zudem durch die richterliche Genehmigung der Ueberwachung bereits Genüge getan ⁴³⁰⁾. Die Befürworter einer nachträglichen Beschwerdemöglichkeit machten demgegenüber geltend, der Ausgang eines Beschwerdeverfahrens könne immerhin für das Problem der Aktenverwertung und -vernichtung von einiger Wichtigkeit sein ⁴³¹⁾. Ueberdies komme ihr für die Frage des Vertrauens des Bürgers gegenüber den Behörden, welche die Ueberwachung anordneten, eine nicht zu unterschätzende psychologische Bedeutung zu ⁴³²⁾. Schliesslich sei sie ein geeignetes Mittel, der missbräuchlichen Anordnung von Ueberwachungsmassnahmen durch die Behörden vorzubeugen ⁴³³⁾.

Das Bundesgericht hat nun dieser Diskussion ein Ende bereitet und in seiner jüngsten Rechtsprechung ⁴³⁴⁾ festgestellt,

429) Vgl. vorne S. 99 ff.

430) Vgl. Tschumper, a.a.O., S. 87; Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 19 und 22; Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 985; BBl 1976 I, S. 567 f.

431) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 22 sowie hinten S. 122 ff.

432) Vgl. Tschumper, a.a.O., S. 87.

433) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 986.

434) Vgl. Pr 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 232; BGE 109 Ia 298 ff.

dass dem Ueberwachten aufgrund von Art. 13 EMRK ⁴³⁵⁾ grundsätzlich die Möglichkeit geboten werden müsse, die Rechtmässigkeit des Eingriffs nachträglich richterlich überprüfen zu lassen ⁴³⁶⁾.

bb) Legitimation

Zur Beschwerde befugt ist jeder durch die Ueberwachung Betroffene ⁴³⁷⁾. Betroffen ist, wer direkt als Angeschuldigter oder Verdächtigter oder als Drittperson Objekt der Ueberwachungsmassnahme war ⁴³⁸⁾. Nicht aktivlegitimiert sind indirekt mit der Ueberwachungsmassnahme in Berührung gekommene Dritte ⁴³⁹⁾ sowie Untersuchungsrichter und Staatsanwalt zur Beschwerde gegen den Entscheid des Präsidenten der Anklagekammer, die Ueberwachung nicht zu genehmigen ⁴⁴⁰⁾. Die Beschwerde richtet sich gegen den Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt, der die Ueberwachung verfügt sowie gegen den Präsidenten der Anklagekammer ⁴⁴¹⁾, der sie genehmigt hat.

435) Vgl. vorne S. 100.

436) So schon Noll, Ueberwachung, S. 70. Zu den Ausnahmen vgl. vorne S. 107 ff.

437) Vgl. Art. 114g Abs. 1 und 204 Abs. 1 StP sowie GVP 1973 Nr. 25.

438) Vgl. vorne S. 50 ff. und 101 ff.

439) Vgl. vorne S. 101 ff.

440) Vgl. GVP 1964 Nr. 26. Hiegegen steht allenfalls die Aufsichtsbeschwerde an den Grossen Rat zur Verfügung; vgl. vorne S. 87, Anm. 289.

441) Art. 204 Abs. 1 StP nennt zwar den Präsidenten der Anklagekammer nicht ausdrücklich als möglichen Beschwerdegegner. Da er jedoch zufolge seiner umfassenden Kognition als mit der Genehmigung beauftragter Richter die volle Verantwortung für die Ueberwachungsmassnahme trägt (vgl. vorne S.97) und Art. 114g Abs. 3 StP als jüngere und speziellere Regelung Art. 204 Abs. 1 StP vorgeht, ist seine Passivlegitimation dennoch unzweifelhaft gegeben.

cc) Frist

Die Einreichung der Rechtsverweigerungsbeschwerde muss innert 30 Tagen nach dem Tag, an dem der Beschwerdeführer von der Ueberwachung zuverlässige Kenntnis hat, erfolgen ⁴⁴²⁾. Der massgebliche Zeitpunkt für den Beginn des Fristenlaufes ist also in aller Regel der Tag, an dem der Betroffene durch schriftliche Mitteilung über die Ueberwachungsmassnahme orientiert wird ⁴⁴³⁾. Erhält indessen der Betroffene schon vor der amtlichen Mitteilung zuverlässige Kenntnis von der Tatsache, dass er überwacht wurde ⁴⁴⁴⁾, so löst bereits dies den Lauf der 30-tägigen Frist zur Anhebung der Beschwerde aus und nicht erst die allenfalls nachträglich noch erfolgende amtliche Mitteilung ⁴⁴⁵⁾.

dd) Form

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist schriftlich einzureichen und zu begründen ⁴⁴⁶⁾. In der Begründung ist anzuge-

442) Vgl. Art. 205 Abs. 2 StP.

443) Vgl. vorne S. 104 ff.

444) Dieser Fall könnte etwa eintreten, wenn der Betroffene durch eine andere in ein Strafverfahren verwickelte Person von der gegen ihn durchgeführten Ueberwachung Kenntnis erhält und eine Rückfrage beim Untersuchungsrichter ergibt, dass diese Information stimmt. Möglich ist auch, dass der Betroffene Einsicht in die Ueberwachungsakten erhält, bevor ihm die amtliche Mitteilung zugekommen ist. "Zuverlässige Kenntnis" ist jedoch dann nicht gegeben, wenn dem Betroffenen nur entsprechende Informationen z.B. von Mittätern vorliegen, diese Informationen indessen behördlicherseits (Staatsanwalt, Untersuchungsrichter, Polizei, PTT) nicht bestätigt sind. Ein blosser, wenn auch dringender Verdacht stellt keine "zuverlässige Kenntnis" dar.

445) Vgl. GVP 1976 Nr. 37.

446) Vgl. Art. 205 Abs. 1 StP.

ben, inwiefern die Behörden nach Auffassung des Beschwerdeführers bei der Anordnung, Genehmigung und Durchführung der Ueberwachungsmassnahme einen der vom Gesetz vorgesehenen Beschwerdegründe ⁴⁴⁷⁾ gesetzt haben ⁴⁴⁸⁾.

ee) Beschwerdeinstanz

Beschwerdeinstanz ist die Anklagekammer, wobei deren Präsident bei der Behandlung von Beschwerden gegen Ueberwachungsmassnahmen in den Ausstand tritt ⁴⁴⁹⁾.

ff) Kognition

Die Beschwerdeinstanz hat keine umfassende Kognition ⁴⁵⁰⁾. Ihre Ueberprüfungsbefugnis ergibt sich aus Art. 204 Abs. 1 StP, der folgenden Wortlaut hat:

"Jeder Betroffene kann die Rechtsverweigerungsbeschwerde erheben, wenn ein Untersuchungsrichter, ein Staatsanwalt, der öffentliche Verteidiger, eine Gerichtskommission oder ein Bezirksgericht

447) Vgl. Art. 204 Abs. 1 StP.

448) Vgl. Vetsch, Die Rechtsverweigerungsbeschwerde des st. gallischen Zivilrechtspflegegesetzes, S. 101 sowie nachstehend ff).

449) Vgl. Art. 114g Abs. 3 StP.

450) Vgl. Knapp, a.a.O., S. 89; Kühnis, a.a.O., S. 8 f.; GVP 1978 Nr. 38.

1. sich weigert, eine vom Gesetz vorgeschriebene Amtshandlung vorzunehmen, sie ungerechtfertigt verzögert, die Amtsgewalt missbraucht oder sich einer strafbaren Handlung oder Unterlassung schuldig macht;
2. bei Ausübung der Befugnisse willkürlich handelt." 451)

Lehre und Praxis unterscheiden zwischen der formellen und der materiellen Rechtsverweigerung⁴⁵²⁾. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt in der ungerechtfertigten Verweigerung einer Amtshandlung trotz gegebener Zuständigkeit, der unangemessenen Verzögerung einer Amtshandlung, dem Handeln einer unzuständigen Behörde sowie dem Verstoss gegen Verfahrensvorschriften⁴⁵³⁾. Als materielle Rechtsverweigerung wird die Missachtung materiellen Rechts, der Missbrauch oder die Ueberschreitung des Ermessens und die willkürliche Feststellung des Sachverhaltes betrachtet⁴⁵⁴⁾. Das Gesetz nimmt diese Unterscheidung, ohne die entsprechenden Begriffe zu verwenden, in Ziff. 1 (formelle Rechtsverweigerung)

451) Diese Bestimmung ist praktisch mit jener von Art. 450 Abs. 1 ZP identisch, welche die Voraussetzungen zur Rechtsverweigerungsbeschwerde im Zivilprozess regelt. Es darf daher zur Prüfung der vorliegenden Fragen auch auf die entsprechende Literatur zum Zivilprozess und auf die Rechtsprechung nicht nur der Anklagekammer, sondern auch der Rekurskommission, welche für die Behandlung zivilprozessualer Rechtsverweigerungsbeschwerden zuständig ist, gegriffen werden.

452) Vgl. Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 495 mit Hinweisen auf die Praxis des Bundesgerichtes; Lutz, a.a.O., N. 1 zu Art. 450 ZP; Vetsch, a.a.O., S. 107 ff.; unveröffentlichtes Urteil der Rekurskommission 1.S. T.B. gegen G.G. vom 24. Februar 1984, S. 4.

453) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 108 ff.

454) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 130 ff. sowie das Urteil der Rekurskommission vom 24. Februar 1984, S. 4.

und Ziff. 2 (materielle Rechtsverweigerung) von Art. 204 Abs. 1 StP ebenfalls vor.

Missachtet eine Behörde Verfahrensvorschriften ⁴⁵⁵⁾, so stellt dies eine formelle Rechtsverweigerung dar. Im Bereich der Ueberwachungsmassnahmen fällt darunter namentlich etwa die Anordnungs- oder Genehmigungsverfügung eines örtlich ⁴⁵⁶⁾, sachlich ⁴⁵⁷⁾ oder funktionell ⁴⁵⁸⁾ nicht zuständigen Organs ⁴⁵⁹⁾. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt aber insbesondere auch vor, wenn es der Untersuchungsrichter unterlässt, die Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer einzuholen oder wenn die Ueberwachungsmassnahme

455) Verstösse gegen blosse Ordnungsvorschriften gehören allerdings nicht dazu; vgl. Vetsch, a.a.O., S. 108 und 120 f.

456) Z.B. wenn die Zuständigkeit zur Verfolgung einer Straftat nach Art. 3 ff. und 346 ff. StGB nicht bei den st. gallischen, sondern bei ausserkantonalen oder ausländischen Behörden liegt oder wenn die Bestimmungen über die Rechtshilfe missachtet werden.

457) Z.B. wenn der Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes gemäss Art. 50 bis PG die Ueberwachung in einem Fall anordnet, in dem es nicht um die Verhütung einer noch nicht geschehenen Straftat, sondern um die Aufklärung eines bereits begangenen Deliktes geht; vorstellbar ist auch die sachliche Unzuständigkeit des Untersuchungsrichters im umgekehrten Fall. Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 67; Noll, Strafprozessrecht, S. 36.

458) Z.B. wenn der Präsident der Anklagekammer von sich aus und ohne, dass eine Verfügung des Untersuchungsrichters vorliegt, eine Ueberwachung anordnet. Vgl. Hauser, ebenda; Noll, Strafprozessrecht, S. 37.

459) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 116.

über die gesetzliche oder verfügte Dauer hinaus aufrecht erhalten bleibt ⁴⁶⁰⁾. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Generell kann festgehalten werden, dass die Rüge der formellen Rechtsverweigerung immer dannbegründet ist, wenn Anordnung, Genehmigung oder Durchführung der Ueberwachung mit Verfahrensmängeln behaftet sind, welche nicht mehr nur eine Verletzung von Ordnungsvorschriften darstellen.

Handelt eine Behörde willkürlich, so begeht sie eine materielle Rechtsverweigerung ⁴⁶¹⁾. Das Bundesgericht bezeichnet eine Entscheidung als willkürlich, wenn sie eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt, sich mit sachlichen Gründen schlechthin nicht vertreten lässt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ⁴⁶²⁾. Im Bereich der Ueberwachungsmassnahmen wird vor allem dann von Willkür gesprochen werden müssen, wenn eine Ueberwachung durchgeführt wird, obwohl es im Zeitpunkt der Anordnung und Genehmigung der Massnahme an den notwendigen Voraussetzungen gefehlt hat. In der blossen Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift ⁴⁶³⁾ oder der Auslegung einer Norm, welche mit dem

460) Der Untersuchungsrichter macht sich in diesen Fällen natürlich ausserdem auch strafbar (Art. 179 bis f. i.V.m. 179 octies Abs. 1 StGB).

461) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 123.

462) Vgl. den Leitfall BGE 97 I 24; Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 450; Hangartner, a.a.O., S. 196; Knapp, a.a.O., S. 89.

463) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 127.

Wortlaut des Gesetzes nicht absolut unvereinbar ist ⁴⁶⁴⁾, liegt indessen noch kein willkürliches Handeln der Behörden ^{465, 466)}. Namentlich dort, wo der entscheidenden Behörde ein Ermessensspielraum offensteht ⁴⁶⁷⁾, wird ein Entscheid nur dann als willkürlich gelten können, wenn das freie Ermessen in einer Weise gehandhabt wurde, die schlechterdings nicht vertretbar ist ⁴⁶⁸⁾. Umgekehrt stellt die Verletzung eines sogenannten "allgemein anerkannten Rechtsgrundsatzes" ⁴⁶⁹⁾ immer Willkür dar ⁴⁷⁰⁾. Grundsätzlich

464) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 129.

465) Vgl. Urteil der Rekurskommission vom 24. April 1984, S. 5 f.

466) Willkür liegt etwa vor, wenn die Ueberwachung angeordnet wird, obwohl keinerlei konkrete Anhaltspunkte für einen Tatverdacht bestehen; wenn es sich um eine Uebertretung ausserhalb des Tatbestandes von Art. 179 septies StGB handelt; wenn selbst nicht verdächtige Drittpersonen überwacht werden, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach Art. 69 StP zusteht.

Nicht um Willkür handelt es sich, wenn die Massnahme in einem Grenzfall angeordnet wurde, auch wenn die Voraussetzungen zur Ueberwachung nach Auffassung der Beschwerdeinstanz eher nicht erfüllt waren.

467) Z.B. bei Entscheid über die Frage, ob eine Ueberwachungsmassnahme für die Klärung des Falles geeignet und erforderlich ist.

468) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 130 und 132.

469) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 129. Dazu gehören unter anderem geschriebene und ungeschriebene Verfassungsprinzipien, das Prinzip von der Trennung der Gewalten, die Grundsätze "nulla poena sine lege" und "ne bis in idem", das Prinzip von Treu und Glauben und das Prinzip der derogatorischen Kraft des Bundesrechts.

470) Praktisch bedeutsam ist wohl lediglich das Prinzip von Treu und Glauben. Sichert ein Untersuchungsrichter z.B. der Mutter eines flüchtigen Verdächtigen zu, ihr Telefon werde nicht abgehört, um den Aufenthalt ihres Sohnes zu erforschen und geschieht dies dann trotzdem, so erscheint die Anordnungsverfügung als willkürlich.

wird die Anklagekammer jedoch mit einiger Zurückhaltung auf das Vorliegen einer materiellen Rechtsverweigerung erkennen.

Die Kognition der Beschwerdeinstanz ist somit unterschiedlich, je nach dem, ob der Vorwurf einer formellen oder materiellen Rechtsverweigerung erhoben wird. Die Rüge der materiellen Rechtsverweigerung erlaubt nur eine beschränkte Sichtscharfe ⁴⁷¹⁾, ausser bei der Verletzung eines allgemein anerkannten Rechtsgrundsatzes. Handelt es sich jedoch um Verstösse gegen Gültigkeitsvorschriften des Verfahrensrechts, so ist die richterliche Kognition nicht auf die Willkürprüfung beschränkt.

gg) Entscheid

Eine Besonderheit der richterlichen Ueberprüfung der Ueberwachung durch die Anklagekammer liegt darin, dass die Massnahme im Zeitpunkt der Ueberprüfung nicht mehr andauert. In ständiger Praxis beschliesst die Anklagekammer in solchen Fällen Nichteintreten auf die Beschwerde ⁴⁷²⁾.

471) Vgl. Rohner, Ueber die Kognition des Bundesgerichtes bei der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, S. 55 ff.

472) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 23. Zu denken ist etwa an eine Haftbeschwerde nach Art. 175 Abs. 1 Ziff. 4 StP, wenn der Untersuchungshäftling inzwischen entlassen worden ist.

Im vorliegenden Verfahren liegt nun aber der Sinn der Rechtsverweigerungsbeschwerde gerade darin, dass nachträglich über die Rechtmässigkeit der Ueberwachung befunden wird. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde des st. gallischen Ueberwachungsverfahrens kann nur dann die Erfordernisse einer "wirksamen Beschwerde" nach Art. 13 EMRK erfüllen ⁴⁷³⁾, wenn die Beschwerdeinstanz materiell entscheidet. Die Anklagekammer hat daher im Bereich der Ueberwachungen entgegen ihrer Praxis bei anderen Zwangsmassnahmen grundsätzlich die Beschwerde zu schützen oder abzuweisen und damit über die Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Ueberwachungsmassnahme zu befinden.

Bei der Feststellung der Rechtmässigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Ueberwachung hat es jedoch nicht sein Bewenden ⁴⁷⁴⁾. Die Anklagekammer kann die angefochtene Amtshandlung aufheben und verbindliche Weisungen erteilen ⁴⁷⁵⁾, die fragliche Behörde zur Erfüllung ihrer Amtspflicht mahnen ⁴⁷⁶⁾, ein Disziplinar- oder Strafverfahren veranlassen ⁴⁷⁷⁾ oder einen Amtsinhaber in den Ausstand versetzen ⁴⁷⁸⁾. Im Zu-

473) Vgl. vorne S. 100.

474) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 157 ff.

475) Vgl. Art. 207 Ziff. 2 StP.

476) Vgl. Art. 207 Ziff. 1 StP.

477) Vgl. Art. 207 Ziff. 3 StP.

478) Vgl. Art. 207 Ziff. 4 StP.

sammenhang mit der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Ueberwachungsmassnahme werden von diesen im Gesetz abschliessend aufgezählten ⁴⁷⁹⁾ Massregeln insbesondere die Weisung zur Vernichtung von Tonaufnahmen und Abhörprotokollen ⁴⁸⁰⁾, die Mahnung an die Behörde und die Veranlassung eines Disziplinar- ⁴⁸¹⁾ oder Strafverfahrens gegen den fehlbaren Amtsinhaber in Frage kommen.

c) Vernichtung nicht verwerteter Aufzeichnungen

Nach Abschluss des Strafverfahrens müssen die nicht verwerteten Aufzeichnungen vernichtet werden ⁴⁸²⁾. Diese Anordnung ist zwingend ⁴⁸³⁾ und erstreckt sich auf die eigentlichen Tonaufnahmen ⁴⁸⁴⁾ wie auch auf Abhörprotokolle sowie auf allfällig vorhandene Kopien ⁴⁸⁵⁾.

479) Vgl. Vetsch, a.a.O., S. 158.

480) Vgl. aber hinten S. 198 ff.; die Vernichtung rechtswidrig erlangter Abhörergebnisse ist nicht zwingend.

481) Vgl. Art. 4 ff. des Gesetzes über die disziplinarische Verantwortlichkeit der Behördemitglieder, Beamten und öffentlichen Angestellten vom 28. März 1974 (sGS 161.3).

482) Vgl. Art. 114f StP.

483) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 21 f.

484) Tonaufnahmen müssen nicht der physischen Vernichtung zugeführt, sondern können selbstverständlich auch nur gelöscht werden.

485) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 71.

Die Vernichtung muss nach Abschluss des Strafverfahrens erfolgen. Berührt die Ueberwachungsmassnahme mehrere von einander formell unabhängige Strafverfahren, so ist der massgebliche Zeitpunkt der rechtskräftige Abschluss des letzten dieser Verfahren ⁴⁸⁶⁾.

Tonaufnahmen und Abhörprotokolle, die im Strafverfahren Verwendung gefunden haben, werden keinesfalls vernichtet ⁴⁸⁷⁾, und zwar auch dann nicht, wenn sie auf unrechtmässige Weise erlangt wurden. Sie werden nach Abschluss des Verfahrens zusammen mit den übrigen Strafakten der Staatsanwaltschaft zur Aufbewahrung übergeben ⁴⁸⁸⁾.

d) Kosten

Ueberwachungsmassnahmen verursachen Kosten. Diese Kosten stellen Untersuchungskosten dar ⁴⁸⁹⁾ und sind als solche Bestandteil der Kosten des Strafverfahrens ⁴⁹⁰⁾.

Für die Verlegung der Ueberwachungskosten gelten daher ohne weiteres die allgemeinen Regeln der Art. 208 ff. StP:

486) Vgl. die analoge Ueberlegung für den Zeitpunkt der nachträglichen Mitteilung der Ueberwachung, vorne S. 105.

487) Dies folgt e contrario aus Art. 114f StP.

488) Vgl. Art. 77 GO.

489) Vgl. Speck, Die Kostenregelung im St. Galler Strafprozess, S. 7.

490) Vgl. Art. 208 Abs. 1 StP.

Wird der Angeschuldigte strafbarer Handlungen schuldig erklärt, so wird er zur Tragung der Kosten verpflichtet ⁴⁹¹⁾. Erfolgt ein Freispruch oder wird das Verfahren eingestellt, so werden ihm Kosten überbunden, wenn und soweit er durch sein Benehmen Anlass zur Durchführung des Verfahrens gegeben hat ⁴⁹²⁾ oder wenn und soweit er das Verfahren durch unordentliches oder trölerhaftes Verhalten erschwert hat ⁴⁹³⁾. Die Kosten, die weder dem Angeschuldigten noch einem andern Beteiligten ⁴⁹⁴⁾ überbunden werden, trägt grundsätzlich der Staat ⁴⁹⁵⁾.

Eine gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Besonderheit besteht in Fällen, in denen zwar eine der Voraussetzungen von Art. 209 StP gegeben ist, die Anordnung und Durchführung der Ueberwachungsmassnahme jedoch nicht rechtmässig war. Für solche Fälle ist zu fordern, dass unabhängig davon, ob das mittels Ueberwachung erlangte Beweismittel verwertbar ist oder nicht ⁴⁹⁶⁾, der Staat die Kosten der Ueberwachungsmass-

491) Vgl. Art. 209 Abs. 1 Ziff. 1 StP.

492) Vgl. Art. 209 Abs. 1 Ziff. 2 StP.

493) Vgl. Art. 209 Abs. 1 Ziff. 3 StP.

494) Das Gesetz sieht in Ausnahmefällen die Kostentragung durch den Kläger (Art. 210 StP) sowie den Anzeiger, den Zeugen, die Auskunftsperson oder den Sachverständigen (Art. 211 StP) vor. Da diese Aufzählung von möglichen Kostenträgern gestützt auf Art. 213 Abs. 1 StP ganz klar als abschliessend betrachtet werden muss, kommt die Auferlegung von Kosten auf eine in die Ueberwachung mit einbezogene Drittperson nicht in Frage.

495) Vgl. Art. 213 Abs. 1 StP.

496) Vgl. hinten S. 192 ff.

nahme zu tragen hat ⁴⁹⁷⁾. Anderer Meinung ist die Strafkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen. In einem Urteil vom 30. November 1982 ⁴⁹⁸⁾ vertritt sie die Auffassung, es dürften einem Verurteilten auch die Kosten eines Beweises auferlegt werden, der widerrechtlich erlangt worden sei, solange er nur nach den in Lehre und Praxis entwickelten Regeln ⁴⁹⁹⁾ im Verfahren verwertet werden könne. Diese Begründung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Zwar kann unter gewissen Voraussetzungen auch ein widerrechtlich erlangter Beweis im Prozess Verwendung finden ⁴⁹⁹⁾. Indem man die Verwertbarkeit des betreffenden Beweises bejaht, verhilft man ihm jedoch nicht auch zur Rechtmässigkeit. Er bleibt rechtswidrig, und das widerrechtliche Verhalten der Strafverfolgungsorgane bei der Beschaffung des Beweises wird nicht nachträglich "sanktioniert". Es ist nun nicht einzusehen und m.E. völlig unbillig, dass ein Verurteilter Kosten zu tragen hat, die durch rechtswidriges Vorgehen von Strafverfolgungsorganen verursacht wurden. Er trägt ja bereits dadurch an den Folgen dieses rechtswidrigen Vorgehens, dass er den betreffenden Beweis gegen sich gelten lassen muss. In Fällen, in denen rechtswidrig erlangte Beweise im Strafverfahren verwendet werden, sind die entsprechenden Kosten vielmehr gemäss Art. 213 Abs. 1 StP dem Staat aufzuerlegen ⁵⁰⁰⁾. Die gegenteilige Lösung erscheint als ein Verstoß gegen das Prinzip des

497) Ebenso mit überzeugender Begründung Speck, a.a.O., S. 64 ff.

498) Vgl. Urteil der Strafkammer vom 30. November 1982 in der Strafsache G.B., im vollen Wortlaut zitiert bei Speck, a.a.O., S. 119 ff.

499) Vgl. hinten S. 198 ff.

500) Im Resultat ebenso Speck, a.a.O., S. 67 ff. Speck ist jedoch der Meinung, eine Kostentragung durch den Staat in solchen Fällen sei aufgrund der geltenden Bestimmungen nicht möglich und nur de lege ferenda zu realisieren.

Handelns nach Treu und Glauben und gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs, an welchen beiden Grundsätzen sich auch die Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane auszurichten hat 501).

B. Ueberwachung gemäss Art. 50 bis f. PG

I. Praktische Bedeutung

Sie ist denkbar gering. Bis heute wurde im Kanton St. Gallen noch nie eine Ueberwachungsmassnahme im Sinne von Art. 179 octies StGB zur Verhütung eines Verbrechens oder Vergehens angeordnet 502).

Grund für die bisher fehlende Praxis ist sicherlich die - durchaus gebotene - Zurückhaltung der verantwortlichen Organe im Umgang mit derart schweren Eingriffen in Persönlichkeitsrechte des Einzelnen 503, 504). Die präventive Ueberwachung nach Art. 50 bis f. PG wird indessen wohl auch in

501) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 154 f.

502) Persönliche Auskunft des Präsidenten der st. gallischen Anklagekammer lic. iur. G. Morger und des Sekretärs des Justiz- und Polizeidepartementes, Dr. J. Keller.

503) Vgl. vorne S. 37.

504) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 990.

Zukunft kaum erheblich an Bedeutung gewinnen. Dies unter anderem deshalb, weil mit der Schaffung von Art. 260 bis StGB⁵⁰⁵⁾ bereits die Vorbereitung gewisser Terror- und anderer Gewaltdelikte⁵⁰⁶⁾ als Verbrechen mit Strafe bedroht ist⁵⁰⁷⁾ und entsprechende Ueberwachungs-massnahmen daher im Verfahren nach Art. 114 ff. StP angeordnet werden können⁵⁰⁸⁾. Nicht zuletzt wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung war die Einführung der präventiven Ueberwachung nach Art. 50 bis f. PG im Parlament umstritten. Obwohl sich die vorberatende Kommission knapp dagegen entschieden hatte⁵⁰⁹⁾, wurde sie schliesslich vom Grossen Rat dennoch ins Gesetz aufgenommen^{510, 511)}.

505) AS 82, 1530, 1534 .

506) Vgl. Hauser/Rehberg, StGB Kommentierte Textausgabe, Bemerkungen zu Art. 260 bis StGB.

507) Es handelt sich dabei um planmässig konkrete technische oder organisatorische Vorkehrungen, deren Art und Umfang zeigen, dass der Täter eine vorsätzliche Tötung, einen Mord, eine schwere Körperverletzung, einen Raub, eine Freiheitsberaubung und Entführung, eine Geiselnahme oder eine Brandstiftung begehen will (Art. 260 bis Abs. 1 StGB). Vgl. aber auch etwa Art. 155, 226, 244, 265 und 266 StGB, welche ebenfalls bereits Vorbereitungs-handlungen unter Strafe stellen.

508) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 24; Noll, Ueberwachung, S. 64 f.; hinten S. 135 f.

509) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 24.

510) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 990 f.

511) Die präventive Ueberwachung ist gestützt auf Art. 72 Abs. 2 BStP auch auf eidgenössischer Ebene möglich.

II. Grundsatz der subsidiären Anwendung von Art. 114 bis 114f StP

"Art. 114 bis 114f des Gesetzes über die Strafrechtspflege werden sachgemäss angewendet" ⁵¹²⁾. Die für das Ueberwachungsverfahren in der Strafuntersuchung entwickelten Regeln lassen sich im allgemeinen ohne grosse Schwierigkeiten auf das Verfahren nach Art. 50 bis f. PG übertragen. An dieser Stelle kann daher generell auf die vorstehenden Ausführungen zur repressiven Ueberwachung nach Art. 114 ff. StP verwiesen werden ⁵¹³⁾. Wo sich wegen der grundsätzlichen Verschiedenheit zwischen präventiver und repressiver Ueberwachung oder wegen unterschiedlicher gesetzlicher Bestimmungen Abweichungen materieller ⁵¹⁴⁾ oder formeller ⁵¹⁵⁾ Art ergeben, werden sie nachfolgend im einzelnen dargestellt.

III. Materielle Voraussetzungen der Ueberwachung

1. Uebereinstimmung mit der Ueberwachung nach Art. 114 ff. StP

Die präventive Ueberwachung muss ebenso wie die repressive Ueberwachung verhältnismässig sein, d.h. sie ist nur zulässig, wenn sie zur Verhütung des fraglichen Deliktes geeignet ⁵¹⁶⁾ und erforderlich ⁵¹⁷⁾ ist und das Subsidiaritäts-

512) Vgl. Art. 50 bis Abs. 2 PG.

513) Vgl. vorne S. 31 ff. sowie BGE 109 Ia 294.

514) Vgl. nachstehend III.

515) Vgl. nachstehend IV.

516) Vgl. vorne S. 33 ff.

517) Vgl. vorne S. 35 ff.

prinzip ⁵¹⁸⁾ ihrer Anordnung nicht im Wege steht. Ueberwacht werden können bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sowohl Verdächtige ⁵¹⁹⁾ wie auch Drittpersonen ⁵²⁰⁾.

2. Besonderheiten

a) Beschränkung auf Verbrechen und Vergehen

Im Gegensatz zur eidgenössischen Regelung ⁵²¹⁾ ist im Kanton St. Gallen die präventive Ueberwachung nur gestattet zur Verhütung von Verbrechen und Vergehen ⁵²²⁾. Sie darf nicht vorgenommen werden, um eine blossе Uebertretung zu verhindern ⁵²³⁾.

b) Verdacht der Vorbereitung einer Straftat

Eine Ueberwachungsmassnahme darf nur angeordnet werden, wenn bestimmte Tatsachen auf die Vorbereitung einer "überwachungswürdigen" Tat schliessen lassen ⁵²⁴⁾.

518) Vgl. vorne S. 41 ff.

519) Vgl. vorne S. 50 ff. Die Ueberwachung von "Angeschuldigten" kommt jedoch als begriffliches Paradoxum nicht in Frage. Wo es um die Verhütung eines Deliktes geht, kann noch niemand "angeschuldigt" sein.

520) Vgl. vorne S. 53 ff.

521) Vgl. Art. 72 Abs. 2 StP.

522) Vgl. Art. 50 bis Abs. 1 PG.

523) X wurde bereits zweimal rechtskräftig verurteilt wegen Missbrauchs des Telefons nach Art. 179 septies StGB. Es darf nun nicht einfach sein Telefon abgehört werden, um zu verhüten, dass er erneut in gleicher Weise tätig wird.

524) Vgl. Art. 50 bis Abs. 1 PG.

Zuerst einmal kann festgestellt werden, dass eine präventive Ueberwachung immer dann nicht in Frage kommt, wenn zwar das zu verhütende Delikt noch nicht begangen wurde, jedoch bereits die Vorbereitung eines solchen Deliktes unter Strafe gestellt ist ⁵²⁵⁾. In all diesen Fällen muss eine allfällige Ueberwachung im Verfahren nach Art. 114 ff. StP erfolgen. Es bleibt somit nur noch wenig Raum für die präventive Ueberwachung. Sie kommt lediglich noch in Betracht, wenn es um Straftatbestände geht, deren Vorbereitung durchwegs straflos bleibt ⁵²⁶⁾.

Was nun die konkreten Anhaltspunkte betrifft, die den Verdacht auf die Vorbereitung eines Verbrechens oder Vergehens begründen müssen ⁵²⁷⁾, so gilt folgendes: Es genügt auf keinen Fall, wenn jemand lediglich allgemeine Ansichten vertritt, die darauf schliessen lassen, er erachte ein vom Gesetz als strafbar erklärtes Verhalten nicht als strafwürdig oder er sei gar bereit, ein solches Delikt unter noch

525) Vgl. vorne S. 129, Anm. 507.

526) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 64 f. Praktisch bedeutsam in diesem Zusammenhang werden wohl nur noch sehr wenige Delikte des gemeinen Strafrechts sein, so allenfalls noch solche im Bereich der Wirtschaftskriminalität (z.B. wenn der Verdacht begründet ist, dass ein grosser Betrugsplan vor der Ausführung steht). Hauptanwendungsfälle für präventive Ueberwachungsmassnahmen bilden hingegen wohl die eigentlichen Spionagetatbestände der Delikte gegen den Staat in den Art. 272 bis 274 StGB; vgl. aber BJM 1984, S. 220 f.

527) Vgl. vorne S. 51 ff.

unbestimmten Umständen selbst zu begehen ⁵²⁸⁾. Eine präventive Ueberwachungs-massnahme ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Verdacht auf die bevorstehende Begehung eines ganz bestimmten Deliktes bezieht. Es muss also feststehen, dass der Betroffene auf eine konkrete Tat bezogene Absichten geäussert oder bereits eigentliche Vorbereitungshandlungen getroffen hat ⁵²⁹⁾. Sobald sich jedoch die Tat im Versuchsstadium befindet, sind die Voraussetzungen zur Strafverfolgung gegeben und kann eine allfällige Ueberwachung nach Art. 114 ff. StP angeordnet werden ⁵³⁰⁾.

IV. Formelle Voraussetzungen der Ueberwachung

1. Uebereinstimmung mit dem Verfahren nach Art. 114 ff. StP

Wie die repressive, so muss auch die präventive Ueberwachung vom Präsidenten der Anklagekammer genehmigt werden ⁵³¹⁾.

528) Ein Arzt etwa, der öffentlich für strafffreie Vor-nahme der Abtreibung oder Sterbehilfe eintritt, darf nicht überwacht werden mit der Begründung, seine öffentlich geäusserten Ansichten liessen ihn verdächtig erscheinen, selbst Abtreibungen oder Massnahmen zur Sterbehilfe vorzunehmen. Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 64.

529) Vgl. Noll, ebenda; Romanens, a.a.O., S. 18. Nicht erforderlich ist entgegen der Ansicht von Noll, dass die Tat zeitlich unmittelbar bevorsteht. Ein Computerspezialist, der am Wirtshaustisch prahlt, er werde die Kantonalbank in drei Jahren, wenn die ihm vertraute Computeranlage eingebaut sei, mit Hilfe eines befreundeten Devisenhändlers um ein paar Millionen erleichtern, darf grundsätzlich überwacht werden.

530) Vgl. Noll, ebenda.

531) Vgl. vorne S. 85 f.

Die Anforderungen an die Anordnungs-⁵³²⁾ und Genehmigungsverfügung⁵³³⁾ sind gleich wie im Verfahren nach Art. 114 ff. StP, die verschiedenen Fristen ebenso⁵³⁴⁾. Auch im Verfahren nach Art. 50 bis f. PG achtet der Präsident der Anklagekammer zudem darauf, dass die Ueberwachung nach Ablauf der Frist aufgehoben wird⁵³⁵⁾.

2. Besonderheiten

Die Unterschiede zur Ueberwachung nach Art. 114 ff. StP sind in formeller Hinsicht bedeutend zahlreicher als in materieller Hinsicht. Sie betreffen hauptsächlich das Verfahren nach Abschluss der Massnahme⁵³⁶⁾. Einige wenige Verschiedenheiten ergeben sich jedoch auch im Verfahren um Anordnung der Ueberwachung⁵³⁷⁾.

a) Zuständigkeit zur Anordnung, Einstellung und Mitteilung der Ueberwachung

Sie liegt nicht beim Untersuchungsrichter, sondern beim Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes⁵³⁸⁾: Er

532) Vgl. vorne S. 77 ff.

533) Vgl. vorne S. 92 f.

534) Vgl. Art. 114b Abs. 1 und 2 sowie 114d Abs. 1 StP.

535) Vgl. vorne S. 97 f.

536) Vgl. nachstehend d) bis g).

537) Vgl. nachstehend a) bis c).

538) Vgl. Art. 50 bis Abs. 1 PG i.V.m. 26 lit. b
GeschR (SGS 141.3).

ordnet die Ueberwachung an ⁵³⁹⁾ und verfügt allenfalls deren Verlängerung über die Höchstdauer von sechs Monaten hinaus ⁵⁴⁰⁾. Seine Aufgabe ist es, die Ueberwachung wieder einzustellen ⁵⁴¹⁾ und dem Betroffenen die gesetzlich vorgeschriebene Mitteilung zu machen ⁵⁴²⁾.

b) Keine Orientierung des Staatsanwaltes

Im Verfahren nach Art. 114 ff. StP wird der Staatsanwalt in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde der Untersuchungsorgane ⁵⁴³⁾ über Anordnung und Genehmigung der Ueberwachung orientiert ⁵⁴⁴⁾. Ausserhalb der Strafuntersuchung hat er jedoch keine Aufsichtspflichten wahrzunehmen ⁵⁴⁵⁾. Aus diesem Grunde erübrigt es sich, den Staatsanwalt über die im Verfahren nach Art. 50 bis f. PG durchgeführten Ueberwachungsmassnahmen zu orientieren.

c) Rechtshilfe

Die Bestimmungen von Art. 352/355 StGB ⁵⁴⁶⁾ gelten nur für den Bereich des Strafverfahrens ⁵⁴⁷⁾. Die Ueberwachung nach

539) Vgl. vorne S. 77 ff.

540) Vgl. vorne S. 84 f.

541) Vgl. vorne S. 94 ff.

542) Vgl. Art. 50 ter Abs. 1 PG.

543) Vgl. Art. 8 Abs. 1 StP.

544) Vgl. vorne S. 63 ff.

545) Vgl. Locher, a.a.O., S. 32 f.

546) Vgl. vorne S. 66 ff.

547) Vgl. BGE 85 I 106. Dazu gehören in einem weiteren Sinn neben der eigentlichen Strafuntersuchung die Auslieferung des Angeschuldigten und die Urteilstvollstreckung.

Art. 50 bis f. PG erfolgt jedoch ausserhalb des Strafverfahrens. Die Rechtshilferegelung des StGB kommt daher nicht zur Anwendung.

Wird eine präventive Ueberwachungs-massnahme in einem anderen Kanton zur Verhütung einer Straftat im Kanton St. Gallen notwendig, so muss der betreffende Kanton nach den Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung über die polizeiliche Zusammenarbeit vom 21. Januar 1976 ⁵⁴⁸⁾ um Hilfeleistung er-sucht werden. Diese wird gewährt "bei ausserordentlichen Er-eignissen, Katastrophen, Terrorakten, Geiselnahmen, Gewalt-verbrechen und dergleichen" ⁵⁴⁹⁾. Da die Ueberwachung nur zur Verhütung schwerer Delikte in Frage kommt ⁵⁵⁰⁾, werden die Voraussetzungen zur Hilfestellung regelmässig erfüllt sein. Das Gesuch muss vom Regierungsrat gestellt werden ⁵⁵¹⁾. Der ersuchte Kanton ist grundsätzlich zur Vornahme bzw. Duldung der Ueberwachungs-massnahme verpflichtet ⁵⁵²⁾, sofern die Ueberwachung nach dem Recht des betreffenden Kantons zulässig ist und im dort geltenden Verfahren durchgeführt wird ^{553, 554)}.

548) SR 133.6: sGS 451.21 und 451.22

549) Vgl. Art. 1 lit. b der Vereinbarung.

550) Vgl. vorne S. 36 und 130.

551) Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Vereinbarung.

552) Vgl. Art. 2 Abs. 2 der Vereinbarung.

553) Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Vereinbarung.

554) Bisher sind dieser interkantonalen Vereinbarung die Kantone Glarus, Schaffhausen, Appenzell Inner-rhoden, Appenzell Ausserrhoden, St. Gallen, Grau-bünden und Thurgau beigetreten; vgl. SR 133.6, am Ende.

Ausserhalb des Geltungsbereiches dieser interkantonalen Vereinbarung wird eine Hilfestellung durch einen anderen Kanton nur in Frage kommen, wenn mit dem betreffenden Kanton eine auf Gegenrecht beruhende Regelung oder Praxis besteht ⁵⁵⁵⁾.

d) Mitteilungspflicht

Auch der von einer präventiven Ueberwachungsmassnahme Betroffene muss nach Abschluss der Ueberwachung grundsätzlich informiert werden. Die Mitteilung kann jedoch unterbleiben, wenn dadurch wichtige öffentliche Interessen beeinträchtigt werden ⁵⁵⁶⁾.

aa) Regel

Wer Adressat ⁵⁵⁷⁾ der Mitteilung ist, in welchem Umfange ⁵⁵⁸⁾ und in welcher Form ⁵⁵⁹⁾ die Mitteilung zu erfolgen hat, bestimmt sich sachgemäss nach den für das Verfahren von Art. 114 ff. StP entwickelten Regeln.

555) Vgl. Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 44 ff. Zusätzliche Voraussetzung ist selbstverständlich, dass sowohl der ersuchende wie auch der ersuchte Kanton die präventive Ueberwachung überhaupt vorsehen.

556) Vgl. Art. 50 ter Abs. 1 PG.

557) Vgl. vorne S. 101 ff.

558) Vgl. vorne S. 103 f.

559) Vgl. vorne S. 106 f.

Besonderheiten ergeben sich indessen in bezug auf den Zeitpunkt der Mitteilung. Art. 50 bis f. PG enthalten keine Vorschrift, wie sie für die repressive Ueberwachung in Art. 114g Abs. 1 StP besteht ⁵⁶⁰⁾, wonach die Mitteilung erfolgen muss, sobald der Stand der Untersuchung es erlaubt. Wendet man jene Bestimmung sinngemäss auf das Verfahren nach Art. 50 bis f. PG an, so ergibt sich folgendes: Mündet die präventive Ueberwachung in eine Strafuntersuchung ⁵⁶¹⁾, dann darf mit der Mitteilung längstens bis zum Abschluss der Strafuntersuchung zugewartet werden ⁵⁶²⁾. Wird keine Strafuntersuchung eingeleitet ⁵⁶³⁾, so hat die Mitteilung grundsätzlich unmittelbar nach Beendigung der Ueberwachung zu erfolgen ⁵⁶⁴⁾. Sie darf jedoch auch in diesen Fällen hinausgeschoben werden, wenn die Gefahr besteht, dass dadurch andere Verfahren, welche auf irgend eine Weise mit der Person des Betroffenen zusammenhängen, beeinträchtigt werden ⁵⁶⁵⁾.

560) Vgl. vorne S. 104 ff.

561) Weil der Verdächtige nach Anordnung der präventiven Ueberwachung von der straflosen Vorbereitung zur Ausführung der Tat geschritten ist oder weil die Behörden durch die rechtmässig vorgenommene präventive Ueberwachung auf ein bereits begangenes Delikt gestossen sind.

562) Vgl. vorne S. 105.

563) Weil der Verdächtige im Stadium der straflosen Vorbereitung einer Tat von der eigentlichen Begehung abgehalten werden konnte oder weil sich der Verdacht als falsch erwiesen hat.

564) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 3. Mai 1982, S. 1062.

565) Vgl. vorne S. 105.

bb) Ausnahme

Der Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes darf von der Mitteilung an den Betroffenen absehen, wenn durch die Mitteilung wichtige öffentliche Interessen beeinträchtigt werden ⁵⁶⁶⁾.

Der wichtigste Unterschied zur Regelung bei der repressiven Ueberwachung besteht darin, dass der Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes auf die Mitteilung der Ueberwachung verzichten kann, ohne für diesen Entscheid die Zustimmung des Präsidenten der Anklagekammer einzuholen ⁵⁶⁷⁾.

Unterschiedlich formuliert sind auch die Voraussetzungen für den ausnahmsweisen Verzicht auf die Mitteilung. Bei der

566) Vgl. Art. 50 ter Abs. 1 PG.

567) Vgl. vorne S. 113; Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 991 f. und vom 3. Mai 1982, S. 1061 ff.; Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 19. April 1982, S. 6 ff.

Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber bei der präventiven Ueberwachung den Verzicht auf die Mitteilung erlaubt, ohne dass dafür die Zustimmung des Präsidenten der Anklagekammer eingeholt werden muss. Die Ungleichbehandlung der beiden Ueberwachungsarten in diesem Punkt ist unverständlich. De lege ferenda ist zu fordern, dass die diesbezüglichen Unterschiede in der gesetzlichen Regelung behoben werden. Nur auf diese Weise ist gewährleistet, dass der Verzicht auf die Mitteilung in beiden Verfahren nach einheitlichen Kriterien erfolgt. De lege lata ist m.E. jedoch klar, dass immer dann, wenn die präventive Ueberwachung die Eröffnung eines Strafverfahrens zur Folge hat, die Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer für den Verzicht auf die Mitteilung unentbehrlich ist.

repressiven Ueberwachung kann die Mitteilung unterbleiben, wenn "wichtige Interessen der Strafverfolgung" ⁵⁶⁸⁾ beeinträchtigt würden, bei der präventiven Ueberwachung, wenn "wichtige öffentliche Interessen" ⁵⁶⁹⁾ auf dem Spiel stehen. Diese Verschiedenheit führt nun jedoch nicht dazu, dass die Ausnahmeregelung im Verfahren nach Art. 50 bis f. PG generell grosszügiger gehandhabt werden dürfte als im Verfahren nach Art. 114 ff. StP. Auch bei der präventiven Ueberwachung gilt, dass die Mitteilung in aller Regel erfolgen muss und nur bei einer schweren Beeinträchtigung eines bedeutenden öffentlichen Interesses auf sie verzichtet werden darf ⁵⁷⁰⁾. Auch in diesem Zusammenhang sind wieder zwei Möglichkeiten denkbar. Führt die präventive Ueberwachung zur Anhebung einer Strafuntersuchung ⁵⁷¹⁾, so beantwortet sich die Frage nach dem Vorliegen eines öffentlichen Interesses am Verzicht auf die Mitteilung nach den Regeln, wie sie für das Verfahren nach Art. 114 ff. StP gelten ⁵⁷²⁾. Kommt es hingegen nicht zu einer Strafuntersuchung ⁵⁷³⁾, so soll nach dem Willen des Gesetzgebers ein ausserhalb des Strafverfolgungsinteresses liegendes wichtiges öffentliches Interesse den ausnahmsweisen Verzicht auf die Mitteilung gestatten. Fraglich ist, worin ein solches öffentliches In-

568) Vgl. Art. 114g Abs. 2 StP.

569) Vgl. Art. 50 ter Abs. 1 PG.

570) Vgl. vorne S. 107 ff.

571) Vgl. vorne S. 138, Anm. 561.

572) Vgl. vorne S. 107 ff.

573) Vgl. vorne S. 138, Anm. 563.

teresse im konkreten Fall bestehen kann. Nicht massgebend ist das Interesse des unschuldig Ueberwachten, vom beunruhigenden Wissen um die gegen ihn durchgeführte Ueberwachung verschont zu bleiben ⁵⁷⁴⁾. Ebenso wenig darf auf die Mitteilung verzichtet werden, um eine öffentliche Auseinandersetzung über die durchgeführte Ueberwachung zu vermeiden ⁵⁷⁵⁾. Damit aber bleibt - wie schon bei der repressiven Ueberwachung ⁵⁷⁶⁾ - sehr wenig Raum für eine Ausnahme von der Mitteilungspflicht. Immerhin wäre bei der präventiven Ueberwachung der Verzicht auf die Mitteilung denkbar, wenn eine Ueberwachung etwa im Bereich des Staatsschutzes oder des Rauschgift Handels ergibt, dass zwar noch keine strafbaren Handlungen vorgekommen sind, jedoch die permanente Gefahr besteht, dass die Grenze zur Strafbarkeit künftig überschritten wird ⁵⁷⁷⁾. Ob diese Gefahr für die öffentliche Sicherheit ⁵⁷⁸⁾ besteht, ist indessen nach einem strengen Massstab zu beurteilen ⁵⁷⁹⁾. Sobald die Gefährdung eines öffentlichen Interesses weggefallen ist, muss die Mitteilung nachgeholt werden ⁵⁸⁰⁾.

574) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 19. April 1982, S. 8. Die Frustration des unschuldig Betroffenen muss nach dem Willen des Gesetzgebers in Kauf genommen werden. Es handelt sich denn dabei ja auch um ein privates und nicht um ein öffentliches Interesse.

575) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 19. April 1982, S. 7.

576) Vgl. vorne S. 112.

577) Vgl. Noll, Ueberwachung, S. 70.

578) Vgl. Hangartner, a.a.O., S. 83; Knapp, a.a.O., S. 23.

579) Vgl. Pr 73, Nr. 127; EuGRZ 1984, S. 232; BGE 109 Ia 301.

580) Vgl. vorne S. 112. Streng genommen handelt es sich in solchen Fällen lediglich um die Wahl des richtigen Zeitpunktes für die Mitteilung und nicht darum, endgültig auf die Mitteilung zu verzichten.

e) Rekurs 581)

Gegen die Ueberwachung kann Rekurs erhoben werden 582).

aa) Allgemeines

Auch die Schaffung eines Rechtsmittels zur nachträglichen Ueberprüfung der präventiven Ueberwachung war bei dessen Einführung im Grossen Rat umstritten 583). Auf Antrag des Regierungsrates 584) wurde es dennoch ins Gesetz aufgenommen. Im Unterschied zur repressiven ist jedoch bei der präventiven Ueberwachung nicht die Rechtsverweigerungsbeschwerde, sondern der Rekurs gegeben. Man könnte sich nun fragen, ob mit der Einräumung der Rekursmöglichkeit der Forderung von Art. 13 EMRK nach einem "wirksamen" Beschwerderecht Genüge getan wird 585). Diese Frage ist wohl ohne weiteres zu bejahen, nachdem der Rekursinstanz volle Kognition zusteht 586).

581) Das st. gallische Gesetz über die Verwaltungspflege vom 16. Mai 1965 (sGS 951.1) regelt den Rekurs in den Art. 40 bis 57 VRP. Eine sehr einlässliche Darstellung dieses Rechtsmittels findet sich bei Hagmann, Die st. gallische Verwaltungspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, insb. S. 91 ff. und 131 ff.

582) Vgl. Art. 50 ter Abs. 2 PG.

583) Vgl. Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März 1982, S. 991 sowie vorne S. 113 f.

584) Vgl. Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 19. April 1982, S. 2; Protokoll des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 3. Mai 1982, S. 1061.

585) Vgl. vorne S. 100 und 114 f.

586) Vgl. Art. 46 Abs. 1 VRP. Der Weiterzug des Rekursentscheides an das Verwaltungsgericht ist allerdings nicht möglich; vgl. Art. 59 VRP. Vgl. auch hinten S. 145, Anm. 600.

bb) Legitimation

Legitimiert zur Erhebung des Rekurses ist, wer an der nachträglichen rechtlichen Ueberprüfung der Ueberwachungs-massnahme ein "eigenes schutzwürdiges Interesse dartut" ⁵⁸⁷⁾. Dieses Interesse ist immer dann gegeben, wenn der Rekurrent als Verdächtiger oder als Drittperson selbst Objekt der Ueberwachungs-massnahme war ⁵⁸⁸⁾. Kein ausreichendes eigenes Interesse hat wohl, wer nur indirekt mit der Ueberwachungs-massnahme in Berührung gekommen ist ⁵⁸⁹⁾. Ihm fehlt eine in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht unmittelbare und intensive Beziehung ⁵⁹⁰⁾ zur durchgeführten Ueberwachung, wie sie derjenige zweifellos hat, der selbst Ziel der Massnahme war. Der Rekurs richtet sich gegen den Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes als anordnende und gegen den Präsidenten der Anklagekammer als genehmigende Behörde im Ueberwachungsverfahren ⁵⁹¹⁾.

cc) Frist

Der Rekurs muss innert 14 Tagen seit der Mitteilung der Ueberwachung eingereicht werden ⁵⁹²⁾. Da die Mitteilung schriftlich zu erfolgen hat ⁵⁹³⁾, zählt als erster Tag dieser Frist der auf die Zustellung der Mitteilung

587) Vgl. Art. 45 Abs. 1 VRP.

588) Vgl. vorne S. 115.

589) Vgl. vorne S. 101 ff. Z.B. als zufälliger Anrufer des überwachten Telefonanschlusses.

590) Vgl. Hagmann, a.a.O., S. 146.

591) Vgl. die analoge Regelung bei der Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die repressive Ueberwachung, vorne S. 115.

592) Vgl. Art. 47 Abs. 1 VRP.

593) Vgl. vorne S. 106 f.

folgende Tag ⁵⁹⁴⁾. Ist die Rechtsmittelbelehrung fehlerhaft oder fehlt sie ganz, so beträgt die Rekursfrist 30 Tage ⁵⁹⁵⁾. Falls die Mitteilung nur mündlich erfolgt ⁵⁹⁶⁾, so bieten sich dem Betroffenen zwei Möglichkeiten ⁵⁹⁷⁾: Entweder gibt er sich mit der mündlichen Mitteilung zufrieden; dann beginnt die Rekursfrist mit diesem Tag zu laufen. Oder er verlangt gestützt auf Art. 25 Abs. 3 VRP die ordentliche schriftliche Mitteilung innert fünf Tagen; dann löst erst die Zustellung der schriftlichen Mitteilung den Lauf der Frist aus.

dd) Form

Der Rekurs ist wie die Rechtsverweigerungsbeschwerde bei der repressiven Ueberwachung schriftlich einzureichen und zu begründen ⁵⁹⁸⁾. Die Anforderungen an eine ausreichende Begründung sind jedoch weniger streng. Es genügt die andeutungsweise Geltendmachung der im konkreten Fall in Betracht kommenden Anfechtungsgründe ⁵⁹⁹⁾.

594) Vgl. Hagmann, a.a.O., S. 189 ff.

595) Vgl. Art. 47 Abs. 3 VRP.

596) Und zwar entgegen der hier vertretenen Ansicht, dass regelmässig Schriftlichkeit erforderlich ist; vgl. vorne S. 106 f. Eine bloss indirekte Kenntnissgabe von der Ueberwachung, etwa durch Einsicht in die Untersuchungsakten oder durch Orientierung weiterer Beteiligter, genügt indessen keinesfalls. Auch die mündliche Mitteilung muss inhaltlich den Erfordernissen der ordentlichen schriftlichen Mitteilung genügen (Angabe von Grund und Dauer der Ueberwachung, Gewährung des Akteneinsichtsrechts, Rechtsmittelbelehrung; vgl. vorne S. 106 f.).

597) Vgl. Hagmann, a.a.O., S. 189.

598) Vgl. Art. 48 Abs. 1 VRP sowie vorne, S. 116.

599) Vgl. Hagmann, a.a.O., S. 184 sowie nachstehend ff.).

ee) Rekursinstanz

Ueber den Rekurs entscheidet der Regierungsrat ⁶⁰⁰⁾. Der Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes, der die Ueberwachung angeordnet hat, ist zwar nicht stimmberechtigt ⁶⁰¹⁾, darf aber an der Beratung teilnehmen und bei der Beschlussfassung anwesend sein ⁶⁰²⁾.

ff) Kognition

Der Rekurs ermöglicht die allseitige Prüfung der durchgeführten Ueberwachungsmassnahme ⁶⁰³⁾. Es können insbesondere Verstösse gegen Form- und Verfahrensvorschriften, die Rechtswidrigkeit und die Unangemessenheit der Ueberwachung gerügt werden ⁶⁰⁴⁾.

600) Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung erscheint diese Regelung als problematisch. Mit dem Regierungsrat befindet nämlich eine Verwaltungsbehörde über den Entscheid eines Richters (Präsident der Anklagekammer). De lege ferenda ist zu prüfen, ob nicht auch hier anstelle des Rekurses die Rechtsverweigerungsbeschwerde an die Anklagekammer das probate Rechtsmittel wäre.

601) Vgl. Art. 7 Abs. 2 VRP.

602) Vgl. Hagmann, a.a.O., S. 259 f. Diese Regelung wird von Hagmann zu Recht als inkonsequent kritisiert. Damit der nicht stimmberechtigte Regierungsrat nicht Einfluss auf die Entscheidungsfindung ausübt, ist zu fordern, dass er gänzlich in den Ausstand tritt.

603) Vgl. Hagmann, a.a.O., S. 91. Dies im Gegensatz zur Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die repressive Ueberwachung, wo die Kognition eingeschränkt ist; vgl. vorne S. 117 ff.

604) Vgl. Art. 46 Abs. 1 VRP sowie Hagmann, a.a.O., S. 167 ff.

gg) Entscheid

Kraft ausdrücklicher Anordnung ⁶⁰⁵⁾ hat die Rekursinstanz über den eingelegten Rekurs materiell zu entscheiden und darf nicht einfach Nichteintreten beschliessen, weil die Ueberwachung bereits weggefallen und das Interesse des Rekurrenten kein aktuelles ⁶⁰⁶⁾ mehr ist. Im vorliegenden Zusammenhang geht es ja gerade um die nachträgliche Ueberprüfung einer Zwangsmassnahme ⁶⁰⁷⁾.

f) Vernichtung nicht verwerteter Aufzeichnungen

Bei der repressiven Ueberwachung müssen nach Abschluss des Strafverfahrens die nicht verwerteten Aufzeichnungen vernichtet werden ⁶⁰⁸⁾. Dies gilt selbstverständlich auch für Aufzeichnungen, die zwar im Rahmen einer präventiven Ueberwachung hergestellt wurden, in der Folge aber zur Eröffnung einer Strafuntersuchung geführt haben ⁶⁰⁹⁾. Die sachgemässe Anwendung von Art. 114f StP führt nur dann zu gewissen Besonderheiten für den Bereich der präventiven Ueberwachung, wenn es nicht zur Anhebung eines Strafverfahrens kommt ⁶¹⁰⁾. In diesen Fällen werden die Aufzeichnungen einer Ueberwachung keiner Verwertung im Sinne von Art. 114f StP zugeführt. Sie sind daher nach unbenütztem Ablauf der Rekursfrist

605) Vgl. Art. 50 ter Abs. 2 VRP.

606) Das aktuelle Interesse ist beim Rekurs ausserhalb des Ueberwachungsverfahrens Gültigkeitsvoraussetzung für die Legitimation des Rekurrenten; vgl. Hagmann, a.a.O., S. 146.

607) Vgl. vorne S. 122 ff.

608) Vgl. Art. 114f StP sowie vorne S. 124 f.

609) Vgl. vorne S. 138, Anm. 561.

610) Vgl. vorne S. 138, Anm. 563.

oder nach rechtskräftiger Erledigung des Rekurses unverzüglich zu vernichten. Die Aufzeichnungen müssen auch dann vernichtet werden, wenn ausnahmsweise keine Mitteilung der Ueberwachung erfolgt ⁶¹¹⁾. Sie darf jedoch m.E. aufgescho-ben werden, solange der Verdacht, der zur Anordnung der Ueberwachungsmassnahme geführt hat, nicht endgültig besei-tigt ist ⁶¹²⁾.

g) Kosten

Die präventive Ueberwachung wird durchgeführt im Rahmen der allgemeinen polizeilichen Tätigkeit zur Wahrung der öffent-lichen Sicherheit ⁶¹³⁾ und dient der Verhütung von Straf-taten. Sie ist in diesem Sinne eine allgemeine Verwaltungs-tätigkeit. Die durch präventive Ueberwachungsmassnahmen ent-stehenden Kosten sind damit Verwaltungskosten, die grund-sätzlich vom Staat zu tragen sind ⁶¹⁴⁾. Dies gilt unbesehen davon, ob die Ueberwachung in eine Strafuntersuchung mündet oder nicht. Zur Zeit der Entstehung der Kosten ist nämlich eine Strafuntersuchung jedenfalls noch nicht angehoben ⁶¹⁵⁾. Es kann sich daher bei den Kosten der präventiven Ueberwa-chung nie um Kosten des Strafverfahrens handeln, die nach Art. 208 ff. StP zu verlegen wären ⁶¹⁶⁾.

611) Vgl. vorne S. 139 ff.

612) Es gelten grundsätzlich die gleichen Ueberle-gungen wie bei der Ausnahme von der Mitteilungs-pflicht; vgl. vorne S. 139 ff.

613) Vgl. Art. 12 lit. a PG.

614) Die entsprechenden Ausgaben werden als Kosten einer allgemeinen, dem Wohl der Gesamtheit dienen-den Staatsaufgabe durch Steuern finanziert; vgl. Imboden/Rhinow, a.a.O., S. 770.

615) Andernfalls würde es sich um eine repressive und nicht um eine präventive Ueberwachung handeln.

616) Vgl. demgegenüber die Kostenregelung bei der re-pressiven Ueberwachung, vorne S. 125 ff.

C. Arten der Ueberwachung

Im Bereich der akustischen Ueberwachung sind zwei Arten von Massnahmen denkbar: Die eine ist die praktisch wohl besonders bedeutsame Telefonabhörung⁶¹⁷⁾, die andere der Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte^{618, 619)}.

I. Telefonabhörung⁶²⁰⁾

1. Verfahren bei Anhebung der Ueberwachung

Die PTT hören den Verkehr auf einem bestimmten Telefonanschluss ab und zeichnen ihn auf, wenn sie von der zuständigen Behörde darum ersucht werden⁶²¹⁾. Zuständig zur Anbegehrung einer Telefonüberwachung ist der Untersuchungsrichter bzw. der Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes⁶²²⁾. Das Gesuch ist schriftlich und im Doppel der

617) Vgl. nachstehend I.

618) Vgl. nachstehend II.

619) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 309. Natürlich ist auch die Telefonüberwachung nur unter Verwendung technischer Gerätschaften möglich. Die Bezeichnung "technische Ueberwachungsgeräte" umfasst jedoch in einem engeren Sinn lediglich akustische Abhörvorrichtungen (z.B. Minispione, Richtmikrophone), die darauf zielen, nicht nur Telefongespräche des Betroffenen zu überwachen.

620) Vgl. die kurzen Darstellungen bei Huber P., a.a.O., S. 309 ff. und Romanens, a.a.O., S. 28 ff.

621) Vgl. Art. 7 Abs. 1 TTVG.

622) Je nach dem, ob es sich um eine repressive oder präventive Ueberwachungsmassnahme handelt. Vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d V (1) TTVG (SR 784.101, AS 79, 1182) i.V.m. 114 StP und Art. 8 Abs. 2 lit. c V (1) TTVG i.V.m. 50 bis Abs. 1 PG.

Rechtsabteilung der Generaldirektion PTT einzureichen⁶²³⁾. In der Begründung des Gesuches ist anzugeben, welcher Straftatbestand mit der Ueberwachung verfolgt bzw. verhindert werden soll⁶²⁴⁾ und ob es sich um eine präventive oder repressive Ueberwachung handelt⁶²⁵⁾.

In dringenden Fällen genügt es, wenn das Gesuch mündlich gestellt wird. Es muss jedoch sofort⁶²⁶⁾ schriftlich bestätigt werden⁶²⁷⁾.

623) Vgl. Art. 9 Abs. 1 V (1) TTVG. Ein Gesuch um Ueberwachung des Postverkehrs ist dagegen nach Art. 18 Abs. 1 und 7 V (1) PVG an die Kreisdirektion PTT zu richten.

624) Vgl. Art. 9 Abs. 2 V (1) TTVG. Die PTT ist zwar zur formellen Prüfung des Gesuches verpflichtet; vgl. Huber P., a.a.O., S. 310. Zur Durchführung dieser Prüfung ist jedoch nicht erforderlich, dass das Gesuch Angaben über den Grund der Ueberwachung enthält. Zum einen existiert ja keine Aufzählung der "überwachungsfähigen" Delikte; nur dann wäre allenfalls eine diesbezügliche formelle Kontrolle möglich. Zum andern sind die PTT keinesfalls befugt, die Vorname einer Telefonüberwachung zu verweigern, wenn sie der Ansicht sind, das im konkreten Fall zu verfolgende oder zu verhütende Delikt rechtfertige die Massnahme nicht. Die Orientierung der PTT über den Grund der Ueberwachung ist auch nicht notwendig, um die Durchführung der Massnahme sicherzustellen; vgl. nachstehend 2. De lege ferenda ist deshalb zu fordern, dass Art. 9 Abs. 2 V (1) TTVG ersatzlos gestrichen wird.

625) Damit kann die PTT prüfen, ob die Ueberwachung von der zuständigen Behörde angebehrte wurde; vgl. Huber P., ebenda.

626) Analog zur Regelung beim Gesuch um richterliche Genehmigung (vgl. vorne S.80) ist zu fordern, dass die schriftliche Bestätigung innert 24 Stunden nachzureichen ist.

627) Vgl. Art. 9 Abs. 4 V (1) TTVG.

Die zuständige Behörde darf die Ueberwachung nach st. gallischem und eidgenössischem Recht bereits vor Erhalt der richterlichen Genehmigung anordnen ⁶²⁸⁾. Sie hat dem Gesuch bei der PTT daher weder das Gesuch um richterliche Genehmigung der Ueberwachung noch die Genehmigungsverfügung selbst beizulegen ⁶²⁹⁾.

2. Durchführung der Ueberwachung

Die PTT zeichnet die abgehörten Telefongespräche auf Tonbänder auf ⁶³⁰⁾. In der Praxis werden dann von speziell für diese Aufgabe geschulten PTT-Beamten Protokolle der Aufzeichnungen erstellt. Protokolliert und in einem sog. Telefonabhörbericht der ersuchenden Behörde zur Kenntnis gebracht ⁶³¹⁾ werden jedoch nur jene Aufzeichnungen, die dem protokollierenden Beamten wesentlich erscheinen. Nach Fertigstellung des Telefonabhörberichtes werden die Tonbänder gelöscht ⁶³²⁾.

Diese Praxis gibt Anlass zu Bedenken ⁶³³⁾. Ohne dass Zweifel an der Zuverlässigkeit der protokollierenden Beamten

628) Vgl. Art. 114 und 114b Abs. 1 StP sowie 179 octies Abs. 1 StGB.

629) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 310.

630) Vgl. Art. 7 Abs. 1 TTVG.

631) Vgl. Art. 9 Abs. 1 V (1) TTVG.

632) Persönliche Auskunft von Herrn Schneider, Rechtsdienst der PTT-Generaldirektion, Bern.

633) Anderer Ansicht ist offenbar Huber P., a.a.O., S. 310 f. Er will den PTT-Beamten über den Zweck der Ueberwachung informieren, um ihn damit in die Lage zu versetzen, selbst die Unterscheidung zwischen Wichtigem und Unwichtigem vorzunehmen.

angebracht sind, gilt es vorerst zweierlei festzustellen: Zum einen vermag auch die beste Instruktion des fraglichen Beamten Fehlentscheide in bezug auf die Wichtigkeit bzw. Unwichtigkeit einzelner Aufzeichnungen nicht zu verhindern. Zum andern aber muss die Verantwortung für die Auswertung der Tonaufzeichnungen allein von der ersuchenden Behörde getragen werden, und es kann auf keinen Fall angehen, einen Teil dieser Verantwortung auf einen PTT-Beamten abzuwälzen. Die Aufgabe der PTT hat daher richtigerweise lediglich darin zu bestehen, die technische Durchführung der Ueberwachung sicherzustellen.

Daraus ergeben sich für das Verfahren folgende Forderungen: Die PTT zeichnen die Gespräche auf und erstellen Protokolle sämtlicher Aufzeichnungen ⁶³⁴⁾. Die vollständigen Protokolle sind dann zusammen mit den Tonbändern dem verantwortlichen Untersuchungsrichter vorzulegen ⁶³⁵⁾. Dieser allein entscheidet schliesslich, welche Tonaufnahmen als belastende oder entlastende Beweisstücke Eingang in die Akten finden ^{636, 637)}. Für den Fall, dass im Laufe des Verfahrens

634) Nur in dieser Form können Aufzeichnungen im herkömmlichen Sinn aktenkundig werden.

635) Vgl. Morger, Die Rolle der Polizei im Untersuchungsverfahren, in ZStrR 1985, Bd. 102, S. 146.

636) Beweismittel im eigentlichen Sinne sind nur die Tonaufnahmen selbst, nicht etwa die Protokolle davon, welche lediglich schriftliche Aufzeichnungen über den Inhalt der Beweisstücke darstellen; vgl. hinten S. 181 ff. Dem Recht des Angeschuldigten auf Einsicht in die Akten wird jedoch in der Regel Genüge getan, wenn ihm Einsicht in die Protokolle gewährt wird.

637) Vgl. Art. 8 Abs. 3 StP, der die Strafuntersuchungsorgane verpflichtet, gleichermassen nach belastenden und entlastenden Tatsachen zu forschen.

die Uebereinstimmung der Protokolle mit den Tonaufnahmen in Zweifel gezogen wird, muss die Möglichkeit bestehen, Aufnahme und Protokoll miteinander zu vergleichen. Die Tonaufnahmen haben daher das Schicksal der Akten zu teilen, d.h. sie werden zusammen mit den Akten aufbewahrt, soweit sie im Prozess Verwendung gefunden haben.

3. Verfahren bei Einstellung der Ueberwachung

Um die Telefonabhörung zu beenden ⁶³⁸⁾, hat die ersuchende Behörde bei der Rechtsabteilung der Generaldirektion PTT schriftlich die Einstellung der Ueberwachung zu verlangen ⁶³⁹⁾. Dabei ist jeweils anzugeben, welcher Richter die Ueberwachung zu genehmigen hatte ⁶⁴⁰⁾. Nur so kann die PTT ihrer Verpflichtung nachkommen, die Einstellung der Ueberwachung der richterlichen Genehmigungsbehörde mitzuteilen ⁶⁴¹⁾.

Wenn sich das Ueberwachungsgesuch an die PTT zum voraus auf einen einmaligen Anlass oder eine bestimmte Zeitdauer beschränkt ⁶⁴²⁾, darf auf eine gesonderte schriftliche Anwei-

638) Weil die Voraussetzungen zur Ueberwachung weggefallen, die Anordnungsverfügung aufgehoben oder die Frist abgelaufen ist; vgl. vorne S. 94 ff.

639) Vgl. Art. 9 Abs. 5, 1. Satz V (1) TTVG.

640) Vgl. Art. 9 Abs. 5, 2. Satz V (1) TTVG.

641) Vgl. Art. 7 Abs. 3 TTVG.

642) Vgl. vorne S. 40.

sung zur Einstellung der Ueberwachung verzichtet werden. Die richterliche Behörde, welche die Massnahme zu genehmigen hat, muss dann aber bereits im Gesuch an die PTT angeben werden⁶⁴³⁾.

II. Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte

1. Arten technischer Abhöranlagen

Man unterscheidet drei Arten grundsätzlich verschiedener Abhörsysteme⁶⁴⁴⁾: Richtmikrophone⁶⁴⁵⁾, drahtgebundene Abhöranlagen⁶⁴⁶⁾ und drahtlose Abhöranlagen⁶⁴⁷⁾.

a) Richtmikrophone

Dabei handelt es sich um hochwertige Mikrophone, die den Schall nur aus einer ganz bestimmten Richtung aufnehmen⁶⁴⁸⁾.

643) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 310.

644) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 31 ff.; Gross/Geerds, Handbuch der Kriminalistik, S. 91; Delessert, Les méthodes techniques de surveillance des personnes suspectes dans le procès pénal, in ZStrR 1975 Bd. 91, S. 188 f.

645) Vgl. nachfolgend a).

646) Vgl. nachfolgend b).

647) Vgl. nachfolgend c).

648) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 32 f.

Der Einsatz solcher Geräte, denen ein Verstärker nachgeschaltet ist, erlaubt die Aufnahme von Gesprächen aus Distanz⁶⁴⁹⁾. Denkbar ist etwa, dass Gespräche in einem bestimmten Raum eines Hauses von einem im Nachbarhaus installierten Richtmikrophon aufgenommen und auf einem Tonbandgerät aufgezeichnet werden.

b) Drahtgebundene Abhöranlagen

Von drahtgebundenen Abhöranlagen spricht man, wenn ein Kleinstmikrophon durch ein Kabel mit einem Empfangs- und Tonaufnahmegerät verbunden ist⁶⁵⁰⁾. Wegen des mehr oder weniger gut sichtbaren Kabels eignen sich diese Geräte besonders für das Abhören von Gesprächen in benachbarten Räumen⁶⁵¹⁾. Das Mikrophon wird ausserhalb des abzuhörenden Raumes⁶⁵²⁾ an der Wand angebracht und erlaubt so das Abhören und Aufnehmen der im Nebenzimmer geführten Gespräche.

c) Drahtlose Abhöranlagen

Diese Geräte bestehen aus einem mit einem Sender zusammengebauten Kleinstmikrophon. Die aufgenommenen Gespräche werden

649) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 32.

650) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 33 ff.

651) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 34.

652) Z.B. im benachbarten Hotelzimmer.

an ein Empfangsgerät gesendet und dort von einem Tonträger aufgezeichnet ⁶⁵³⁾. Eine solche Vorrichtung ist leicht zu tarnen ⁶⁵⁴⁾ und erlaubt je nach Stärke des Senders die Aufnahme von Gesprächen aus relativ grosser Distanz ⁶⁵⁵⁾. Drahtlose Abhöranlagen finden in den verschiedensten Situationen Verwendung ⁶⁵⁶⁾ und stellen wohl deshalb die praktisch bedeutsamste Art der akustischen Ueberwachung dar ⁶⁵⁷⁾.

2. Vorgehen bei Anhebung der Ueberwachung

Der Untersuchungsrichter bzw. der Vorsteher des Justiz- und Polizeidepartementes beauftragt die Polizei mit der Durchführung der Massnahme ⁶⁵⁸⁾. Er erteilt ihr exakte Instruktionen über das Was, Wie, Wann und Wo der Ueberwachung ⁶⁵⁹⁾. Da die anordnende Behörde die Verantwortung dafür trägt, dass die Ueberwachung so vollzogen wird, wie sie der Präsident der Anklagekammer genehmigt hat, erfolgt diese Instruktion mit Vorteil schriftlich ⁶⁶⁰⁾.

653) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 36 ff.

654) Sie funktioniert ja ohne Kabel.

655) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 38.

656) Sie werden auch etwa als "Minispione" oder "Wanzen" bezeichnet; vgl. Metzger, a.a.O., S. 36.

657) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 38.

658) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 309.

659) Vgl. Locher, a.a.O., S. 80 f.

660) Schriftlichkeit ist zwar nicht vorgeschrieben, aus Gründen der Beweisbarkeit jedoch zu empfehlen.

3. Durchführung der Ueberwachung

Können die Abhörgeräte ausserhalb der Wohnung des Betroffenen ⁶⁶¹⁾ oder mit Einwilligung des Hausherrn ⁶⁶²⁾ angebracht werden, so bietet die Durchführung der Ueberwachung im allgemeinen keine grossen Schwierigkeiten. Problematisch ist das Installieren einer Abhöranlage lediglich, wenn die Polizei heimlich in die Wohnung des Betroffenen eindringen muss ⁶⁶³⁾. Umstritten ist in diesem Zusammenhang insbesondere, ob die behördliche Befugnis zur Ueberwachung auch das Recht zum Hausfriedensbruch ⁶⁶⁴⁾ mitumfasst.

Dies muss klar bejaht werden ⁶⁶⁵⁾. Eingriffe in Grundrechte - zu ihnen gehört auch das Hausrecht ⁶⁶⁶⁾ - sind zulässig, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse notwendig sind und das Prinzip der Verhältnis-

661) Dies ist in der Regel der Fall bei der Verwendung von Richtmikrophonen oder drahtgebundenen Abhörgeräten; vgl. vorne S. 153 f.

662) Z.B. mit Einwilligung des Wirtes, in dessen Lokal eine Versammlung abgehört werden soll oder des Hoteliers, der Gäste beherbergt, die überwacht werden sollen.

663) Denkbar sind zwei Möglichkeiten: Entweder verschaffen sich Polizeibeamte getarnt - z.B. als Telefoninstallateure oder Mitarbeiter des Elektrizitätswerkes - Zutritt zur Wohnung oder sie brechen heimlich ein; vgl. Noll, Ueberwachung, S. 72.

664) Vgl. Art. 186 StGB.

665) So auch Peter, Geheimsphäre, S. 306; Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar 1982, S. 13; eher bejahend auch Schubarth, Kommentar, N. 19 zu Art. 179 octies/400 bis StGB; verneinend Noll, Ueberwachung, S. 72 f.

666) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 185 f. und 188.

mässigkeit befolgen ⁶⁶⁷⁾. Nachdem die gesetzliche Grundlage ⁶⁶⁸⁾ und das öffentliche Interesse ⁶⁶⁹⁾ für die Verletzung des Hausrechts zu Ueberwachungszwecken zweifellos gegeben sind, ist im Einzelfall nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit lediglich noch zu prüfen, ob das Eindringen in die betreffende Wohnung zur Durchführung der Massnahme unbedingt notwendig ist ⁶⁷⁰⁾. Kann die Ueberwachung auch ohne Bruch des Hausfriedens erfolgen ⁶⁷¹⁾ und ist damit kein übermässiger Mehraufwand verbunden, so ist jene Ueberwachungsmethode vorzuziehen ⁶⁷²⁾.

Die durch den Einsatz technischer Ueberwachungsgeräte gewonnenen Aufzeichnungen sind unter Anleitung des Untersu-

667) Vgl. BGE 99 Ia 267; Noll, Strafprozessrecht, S. 73.

668) Vgl. Art. 32 StGB i.V.m. 114 StP und 50 bis PG.

669) Es liegt in der Verfolgung bzw. Verhütung einer Straftat.

670) Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 306; Schubarth, Kommentar, N. 19 zu Art. 179 octies/400 bis StGB.

671) Z.B. durch den Einsatz von Richtmikrophonen oder das Anbringen von Abhöranlagen ausserhalb der Wohnung des Betroffenen; vgl. vorne S. 153 f.

672) Die gleichen Ueberlegungen gelten auch für allenfalls im Zuge der Ueberwachung begangene Sachbeschädigungen (z.B. das Durchbohren einer Wand). Sie sind rechtmässig, wenn sie unbedingt erforderlich sind und nicht über das absolut Notwendige hinausgehen. Falls diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine Sachbeschädigung auch zulässig, wenn sie nicht mehr reversibel ist; anderer Meinung Schubarth, Kommentar, N. 20 zu Art. 179 octies/400 bis StGB. Die Reversibilität ist kein selbständiges Kriterium zur Beurteilung der Rechtmässigkeit einer sonst verhältnismässigen Sachbeschädigung.

chungsrichters vollständig zu protokollieren. An ihm allein liegt es auch, darüber zu entscheiden, welche Protokolle zu den Akten genommen werden sollen⁶⁷³⁾.

4. Verfahren bei Einstellung der Ueberwachung

Der Untersuchungsrichter weist die Polizei schriftlich an, die Ueberwachung einzustellen. Der Präsident der Anklagekammer wird über den Abbruch der Massnahme ebenfalls schriftlich orientiert^{674, 675)}.

673) Vgl. Morger, a.a.O., S. 146; der Untersuchungsrichter kann zur Auswertung der Protokolle allenfalls einen fachkundigen Polizeibeamten als Hilfsperson beiziehen.

674) Vgl. vorne S. 94.

675) Vgl. Huber P., a.a.O., S. 311.

2. Abschnitt: Herstellung von Tonaufnahmen im Rahmen weiterer Rechtfertigungsgründe

Bisher war ausschliesslich von der amtlichen Ueberwachung im Rahmen von Art. 32 StGB die Rede ¹⁾. Der in dieser Bestimmung postulierte Rechtfertigungsgrund wird in der Praxis von weit überwiegender Bedeutung sein und bildet daher den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Daneben können vereinzelt aber auch die übrigen Rechtfertigungsgründe eine gewisse Rolle spielen, so vor allem in Fällen, in denen Tonaufnahmen von Privaten hergestellt werden. Im folgenden sind deshalb kurz auch die Rechtfertigungsgründe der Notwehr ²⁾ und des Notstandes ³⁾ sowie die sog. übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe ⁴⁾ zu besprechen und ist deren Bedeutung im Bereich des Abhörens und Aufnehmens von Gesprächen zu untersuchen.

A. Herstellung von Tonaufnahmen als Notwehrhandlung

I. Begriff der Notwehr

Notwehr im Sinne von Art. 33 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn jemand einen unmittelbar drohenden oder bereits begonnenen Angriff auf eigene oder fremde Rechtsgüter in einer den Umständen angemessenen Weise abwehrt.

1) Vgl. vorne S. 20 ff.

2) Vgl. nachstehend A.

3) Vgl. nachstehend B.

4) Vgl. nachstehend C.

1. Objektive Merkmale

a) Angriff

Ein Angriff besteht in einem menschlichen Verhalten, durch welches eine Rechtsgüterverletzung droht. Notwehrfähig ist dabei jedes individuelle Rechtsgut, also nicht nur die körperliche Integrität, sondern auch etwa Ehre, Freiheit, Eigentum oder Vermögen. Der Angriff muss rechtswidrig sein; gegen rechtmässige Beeinträchtigungen gibt es keine Notwehr. Ausserdem ist erforderlich, dass er gegenwärtig, d.h. noch im Gang ist oder unmittelbar droht ⁵⁾.

b) Abwehr

Die Abwehr muss grundsätzlich geeignet sein, den Angriff abzuwehren ⁶⁾. Weiter muss die gewählte Verteidigung zur Abwehr erforderlich sein, und zwischen dem durch die Notwehr verletzten sowie dem dadurch geschützten Rechtsgut muss eine gewisse Proportionalität bestehen ⁷⁾. Notwehr ist nur gegen den Angreifer zulässig, nicht gegen unbeteiligte Dritte ⁸⁾.

5) Vgl. Haas, Notwehr und Nothilfe, S. 223 ff.; Dubs, Notwehr, in ZStrR 1973 Bd. 89, S. 341 ff.; Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, S. 144 ff.; Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 124 ff.; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 103 ff.; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 158 ff.; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 212 ff.; Schwander, Das schweizerische Strafgesetzbuch, S. 83.

6) Vgl. Schwander, a.a.O., S. 84.

7) Vgl. BGE 107 IV 15; Dubs, a.a.O., S. 345 ff.; Hafter, a.a.O., S. 146 ff.; Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 128 f.; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 105 f.; derselbe, Rechtfertigungsgründe, S. 161 ff.; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 160 f.; Schwander, a.a.O., S. 84 f.; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 215 ff.

8) Vgl. Noll, Allgemeiner Teil I, S. 106; BGE 75 IV 51.

2. Subjektives Merkmal

Als subjektives Rechtfertigungselement ist der Notwehrwille erforderlich ⁹⁾. Rechtmässiges Handeln setzt also voraus, dass der Täter sich der Notwehrlage bewusst gewesen ist und dass er mit dem Willen zur Verteidigung gehandelt hat ¹⁰⁾.

II. Praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung der Notwehr als Rechtfertigungsgrund für das tatbestandsmässige Abhören und Aufnehmen von Gesprächen lässt sich am besten anhand von zwei Fallbeispielen illustrieren:

Fall 1: X ist Vater von zwei Kindern und hat sich als engagierter Zeitungsverleger einen Namen gemacht. Anonyme Anwürfe am Telefon sind schon verschiedentlich vorgekommen. X lebt nun in der ständigen Angst, eines seiner Kinder könnte entführt werden. Er hat deshalb neben seinem Telefon ein Tonband installiert, welches ihm erlaubt, Telefongespräche mittels Knopfdruck aufzunehmen und auf Band festzuhalten. Eines nachmittags erhält er den Anruf einer ihm unbekannten Person. Diese teilt ihm mit, sein Kind befinde sich in ihrer Gewalt und verlangt ein Lösegeld. Sobald X erkannt hat, worauf der unbekannte Anrufer hinauswill, hat er auf den Knopf gedrückt und das Gespräch aufgenommen. Er geht mit dem Tonband unverzüglich zur Polizei.

9) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 128; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 106 f.; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 160.

10) Vgl. BGE 104 IV 2; Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 171 ff.

Fall 2: Y ist ein berühmter Politiker und befindet sich auf einer Vortragsreise durch mehrere Städte. Zufällig bemerkt er eines abends im Hotel zwei Männer, die ihm schon vorher aufgefallen sind, weil sie sämtliche seiner bisherigen Vorträge aus der ersten Zuhörerreihe mitverfolgt haben. Die beiden Männer benehmen sich verdächtig und verschwinden im Zimmer, welches unmittelbar neben seinem eigenen liegt. Y entschliesst sich, seine Zimmernachbarn zu belauschen. Es gelingt ihm, mit seinem Diktiergerät durch eine Ritze in der Wand Aufnahmen vom Gespräch zwischen den beiden Männern zu machen. Er erkennt, dass die Männer für die bevorstehende Nacht seine Ermordung planen. Y ruft sofort die Polizei an.

Bereits aus den angeführten Beispielen wird deutlich, dass das Institut der Notwehr im vorliegenden Zusammenhang nur von geringer Bedeutung ist. Als wesentlich erscheinen die folgenden Betrachtungen:

In erster Linie muss unter dem Aspekt der Notwehr geprüft werden, ob die Herstellung einer Tonaufnahme dazu dient, einen Angriff abzuwehren, der im Gang ist oder unmittelbar droht ¹¹⁾. Dies ist immer dann nicht der Fall, wenn sich der Angriff im aufzunehmenden Vorgang erschöpft, und die Aufnahme lediglich der strafrechtlichen Verfolgung des Angreifers dient ¹²⁾. Die Eignung der Aufnahme zur Abwehr ist also grundsätzlich nur zu bejahen, solange ein bereits be-

11) Vgl. vorne S. 160.

12) Vgl. unveröffentlichtes Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juli 1984 i.S. H.E. betr. Drohung gegen Behörden und Beamte etc. ; vgl. auch hinten S. 178 ff.

gonnener Angriff andauert ¹³⁾. Mit der Aufnahme und dem anschliessenden Gang zur Polizei kann erreicht werden, dass der Angriff abgebrochen wird.

Zur Abwehr geeignet ist eine Aufnahme aber auch dann, wenn damit verhindert werden kann, dass ein unmittelbar bevorstehender Angriff durchgeführt wird ¹⁴⁾. Das Abhören und Aufnehmen von Gesprächen des Angreifers ist jedoch erst zulässig, sobald aufgrund der gesamten Umstände mit einem Angriff ernstlich zu rechnen ist, welcher Rechtsgüter des Opfers konkret gefährden würde ¹⁵⁾ und zudem jedes weitere Zuwarten die Verteidigungschance beeinträchtigt ¹⁶⁾.

In beiden angeführten Beispielen eignet sich die Herstellung einer Tonaufnahme zur Abwehr des Angriffes ¹⁷⁾. Im ersten Fall besteht die Chance, dass der Entführer an seiner Stimme erkannt und das Kind aus seiner Gewalt befreit werden kann.

13) Vgl. Fallbeispiel 1. Dieses Erfordernis ist in der Regel erfüllt, wenn es sich um ein Dauerdelikt handelt oder einzelne Taten erkennbar in einem Fortsetzungszusammenhang stehen.

14) Vgl. Fallbeispiel 2. Ein Angriff droht unmittelbar nicht erst, wenn ein strafbarer Versuch vorliegt, sondern schon, wenn das Verhalten eines Menschen sich als eindeutige - aber u.U. noch straflose - Vorbereitung einer bestimmten Straftat erweist; vgl. Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 159.

15) Vgl. BGE 104 IV 236 f.

16) Vgl. Dubs, a.a.O., S. 343.

17) Vgl. auch das Beispiel von Metzger, a.a.O., S. 107 f.

Im zweiten Fall können die beiden Männer verhaftet und der geplante Mord verhindert werden. So klar präsentieren sich die massgeblichen Umstände jedoch selten. Es müsste namentlich als unzulässig gelten, wenn im Fallbeispiel 1 trotz begründeter Furcht jedes Telefongespräch automatisch auf Tonband aufgenommen würde, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 179 quinquies StGB erfüllt sind ¹⁸⁾.

Weniger problematisch als das Erfordernis der Eignung der Tonaufnahme zur Abwehr ist im vorliegenden Zusammenhang jenes der Proportionalität ¹⁹⁾. Zwar stellt das Abhören und Aufnehmen eines Gespräches ohne Einwilligung aller Teilnehmer keineswegs einen bloss unerheblichen Eingriff in die Privatsphäre des Opfers - hier des Angreifers - dar ²⁰⁾. Die beim Angriff auf die Rechtsgüter des Notwehrtäters gesetzten Unrechtselemente aber wiegen in aller Regel ²¹⁾ schwer genug, um eine solche Abwehrhandlung zu rechtfertigen. Die Wertabwägung hat in Würdigung sämtlicher Umstände des konkreten Falles zu erfolgen ²²⁾.

18) Vorbereitungen zur Abwehr eines allfälligen künftigen Angriffes, die in nicht bloss leicht zu nehmender Weise in Rechtsgüter jedes sich Nähernden eingreifen, sind nicht durch Notwehr gedeckt; vgl. Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 161 und die dort angeführten Beispiele.

19) Vgl. Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 165.

20) Vgl. dazu vorne S. 37.

21) Ausscheiden werden m.E. lediglich absolut harmlose Belästigungen.

22) Vgl. Dubs, a.a.O., S. 145 ff.; Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 165 f.; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 161.

B. Herstellung von Tonaufnahmen als Notstandshandlung

I. Begriff des Notstandes

Nach Art. 34 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist die Tat, die jemand begeht, um ein Rechtsgut aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, straflos, wenn die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist und ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden kann, das gefährdete Gut preiszugeben.

Die Besonderheit des Notstandes liegt darin, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen in die Rechtsgüter völlig unbeteiligter Dritter eingegriffen werden darf, sich die Notstandstat also nicht gegen einen Angreifer richtet ²³⁾.

Der Notstand ist nach heute herrschender Lehre teils Rechtfertigungs- und teils lediglich Schuldausschliessungsgrund ²⁴⁾. Nach dieser Lehre rechtfertigt der Notstand die Nothandlung dann, wenn das geschützte Rechtsgut wertvoller

23) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 131; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 108; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 163; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 200; Hafter, a.a.O., S. 151; Schwander, a.a.O., S. 81.

24) So mit überzeugender Begründung insb. Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 175 ff.; Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 131; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 198 f. Anderer Meinung Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 163, der im Notstand ausschliesslich einen Rechtfertigungsgrund sieht.

ist als das verletzte. Der entschuldigende Notstand hingegen kommt in Frage, wenn der Rechtfertigungsstatbestand zwar nicht voll erfüllt ist, dem Nottäter aber trotzdem - z.B. wegen Gleichwertigkeit der fraglichen Rechtsgüter - nicht zugemutet werden kann, auf sein Rechtsgut zu verzichten ²⁵⁾.

1. Objektive Merkmale

a) Gefahr

Verteidigungsfähig ist wie bei der Notwehr ²⁶⁾ jedes individuelle Rechtsgut; die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend ²⁷⁾. Es muss eine unmittelbare Gefahr drohen ²⁸⁾, die der Notstandsberechtigte nicht schuldhaft herbeigeführt haben darf.

b) Abwehr

Die Tat muss das einzige Mittel sein, die Gefahr abzuwenden. Damit wird der Grundsatz der Subsidiarität festgeschrieben. Rechtfertigender Notstand liegt ausserdem nur vor, wenn die Notstandstat in einem weit strengeren Sinn als bei der Notwehr ²⁹⁾ proportional ist; das geschützte Rechtsgut muss daher grundsätzlich wertvoller sein als das verletzte ^{30, 31)}.

25) Vgl. Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 176 f.

26) Vgl. vorne S. 160.

27) Vgl. Noll, Allgemeiner Teil I, S. 108.

28) Vgl. Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 164.

29) Vgl. vorne S. 160.

30) Vgl. aber vorne S. 165 f.; es kommt immer noch entschuldigender Notstand in Frage.

31) Vgl. Noll, Allgemeiner Teil I, S. 108.

2. Subjektives Merkmal

Erforderlich ist der Notstandswille. Der Täter muss Kenntnis haben von der Notstandssituation, und er muss im Bestreben handeln, seine Rechtsgüter zu schützen ³²⁾.

II. Praktische Bedeutung

Sie ist wohl noch bedeutend geringer für den Bereich des Abhörens und Aufnehmens von Gesprächen als bei der Notwehr ³³⁾, und praktische Beispiele mit einigem Realitätsbezug lassen sich - wenn überhaupt - nur sehr schwer finden ³⁴⁾.

Generell gebieten die Grundsätze der Subsidiarität und Proportionalität grosse Zurückhaltung bei der Annahme einer Notstandssituation. Negativ ist ausdrücklich festzuhalten, dass sich nie auf Notstand berufen kann, wer Rechtsgüter der Allgemeinheit schützen will ³⁵⁾.

32) Vgl. BGE 106 IV 1; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 110.

33) Vgl. vorne S. 161 ff.

34) Notstand könnte etwa vorliegen, wenn unbeteiligte Dritte abgehört werden, um den Aufenthaltsort einer Person zu erfahren, die sich anschickt, einen Mord zu begehen. Vorausgesetzt ist jedoch, dass wegen zeitlicher Dringlichkeit keine andere Massnahme - namentlich auch die Flucht oder der Gang zur Polizei bzw. zum Untersuchungsrichter - möglich ist. Bei den von Metzger, a.a.O., S. 108, angeführten Beispielen Ziff. 2 bis 4 aber handelt es sich nicht um Fälle des Notstandes, sondern um solche der Notwehr bzw. der Notwehrhilfe.

35) Vgl. BGE 94 IV 70; II. Strafkammer des Zürcher Obergerichtes, in ZR 1977, S. 255; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 108; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 164.

C. Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe

I. Allgemeines

Das System der vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe ist anerkanntermassen unvollständig ³⁶⁾. Lehre und Praxis haben daher v.a. in jüngerer Zeit sog. übergesetzliche ³⁷⁾ Rechtfertigungsgründe geschaffen, die es gestatten, Situationen gerecht zu werden, die von den Bestimmungen in Art. 32 bis 34 StGB nicht erfasst werden. Dazu gehören etwa die Einwilligung des Verletzten, das Handeln im Interesse und mit mutmasslicher Einwilligung des Verletzten, die Pflichtenkollision, das notstandsähnliche Widerstandsrecht, die Wahrnehmung berechtigter Interessen, die Uebernahme eines erhöhten Risikos, die Sozialadäquanz ³⁸⁾ und der gewohnheitsrechtliche Rechtfertigungsgrund ³⁹⁾.

Im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind namentlich die Einwilligung des Verletzten ⁴⁰⁾ und die Wahrnehmung be-

36) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 140.

37) So BGE 94 IV 70; Hauser/Rehberg, ebenda; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 100 f.; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 205 f. Anders Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 167 ff., der zwischen "aussergesetzlichen" und "übergesetzlichen" Rechtfertigungsgründen unterscheidet; vgl. dazu auch den selben Autor in ZBJV 1969 Bd. 105, S. 387 ff.

38) Vgl. dazu die Darstellung bei Erni, a.a.O., S. 167 ff. und 185 f.

39) Darstellungen, die sämtliche oder doch den grössten Teil dieser Rechtfertigungsgründe umfassen, finden sich bei Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 140 ff.; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 112 ff.; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 167 ff.; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 176 ff.; Germann, Das Verbrechen, S. 210 ff.

40) Vgl. nachstehend B.

rechtigter Interessen⁴¹⁾. Diese beiden übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe werden nachfolgend im einzelnen dargestellt⁴²⁾.

II. Zustimmung des Verletzten⁴³⁾

1. Wesen

Das unter dem Schutz des Strafrechts stehende Individuum soll grundsätzlich⁴⁴⁾ auf diesen Schutz verzichten können⁴⁵⁾. Es tut dies, indem es seine Zustimmung zur Tat erklärt.

Enthält der in Frage stehende Tatbestand - wie bei den hier zur Diskussion stehenden Bestimmungen von Art. 179 bis und

41) Vgl. nachstehend C.

42) Vgl. aber auch insb. die interessanten Ausführungen bei Metzger, a.a.O., S. 113 ff.

43) Die herrschende Lehre zählt die Einwilligung des Verletzten - in Uebereinstimmung mit der hier angewandten Systematik - zu den übergesetzlichen Rechtfertigungsgründen; vgl. insb. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 59 ff. Ein Teil der Lehre jedoch will der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund die Stellung eines Gewohnheitsrechtes einräumen; vgl. Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 184 mit Hinweisen.

44) Davon ausgenommen sind Verbote, die unabhängig vom Willen des Betroffenen Geltung beanspruchen, wie z.B. die Tötungstatbestände in Art. 111 ff. StGB; vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 141; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 117 f.; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 167 f.

45) Vgl. Noll, Allgemeiner Teil I, S. 117.

ter StGB - die Einwilligung des Verletzten als negatives Tatbestandsmerkmal, bewirkt sie bereits den Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit. Genau genommen handelt es sich hier bei der Einwilligung - um eine exakte Unterscheidung zu ermöglichen, spricht die Lehre von "Einverständnis" ⁴⁶⁾ - also gar nicht mehr um einen Rechtfertigungsgrund ⁴⁷⁾, sondern es fehlt am objektiven Tatbestand ⁴⁸⁾.

Die Einwilligung ist als Rechtfertigungsgrund generell ausgeschlossen, wenn sie zum Tatbestand gehört ⁴⁹⁾. In allen übrigen Fällen bewirkt sie die Rechtmässigkeit der Tat ⁵⁰⁾.

a) Objektive Merkmale

Es ist die Einwilligung bzw. das Einverständnis sämtlicher vom Schutzbereich des betreffenden Straftatbestandes erfassten Personen erforderlich ⁵¹⁾. Die Zustimmung muss zeitlich vor der Tat erfolgen und ist jederzeit frei widerruflich. Die Tat muss ausserdem in ihrem ganzen Umfang von der

46) Vgl. Noll, ebenda.

47) Vgl. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 64.

48) Die Unterscheidung zwischen "Einwilligung" und "Einverständnis" ist jedoch auf die Voraussetzungen für eine gültige Zustimmung und die Rechtsfolgen ohne Einfluss; vgl. Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 186 f.

49) Vgl. Noll, Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 62 f.; z.B. bei der Verleitung zum Selbstmord (Art. 115 StGB) oder bei der Abtreibung (Art. 119 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).

50) Vgl. aber vorne S. 168, Anm. 44.

51) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 142.

Zustimmung gedeckt sein, darf also weder sachlich noch zeitlich über diese hinausgehen ⁵²⁾.

b) Subjektive Merkmale

aa) Voraussetzungen beim Zustimmenden

Nur der Urteilsfähige kann dem Eingriff wirksam zustimmen. Bei Urteilsunfähigen kommt die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters in Betracht, doch darf diese Befugnis nur ausgeübt werden, wenn sie im ausschliesslichen Interesse des Urteilsunfähigen erfolgt. Die Zustimmung muss frei sein von Willensmängeln, darf also nicht unter dem Einfluss von Zwang, Drohung oder Irrtum abgegeben werden. Dies setzt voraus, dass der Zustimmende über das Ausmass des Eingriffes vollumfänglich aufgeklärt wird ⁵³⁾.

bb) Voraussetzungen beim Täter

Der Täter muss um das Vorliegen der Einwilligung und um deren rechtmässiges Zustandekommen ⁵⁴⁾ wissen ⁵⁵⁾.

52) Vgl. Hauser/Rehberg, ebenda; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 119; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 169; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 192.

53) Vgl. Hauser/Rehberg, ebenda; Noll, ebenda; Schultz, ebenda; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 192 f.

54) Vgl. vorne S. 170 f.

55) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 142; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 119; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 193.

2. Praktische Bedeutung

a) Vorgehen in der Praxis

In der Praxis kommt es recht häufig vor, dass sich etwa das Opfer einer telefonischen Drohung oder Erpressung an die Strafverfolgungsbehörden wendet mit der Bitte, sein Telefon zu überwachen und die Anrufe des Täters auf Band aufzunehmen⁵⁶⁾. Der Polizei des Kantons St. Gallen steht für solche Zwecke ein Abhör- und Aufnahmegerät zur Verfügung, das beim Telefonanschluss des Opfers installiert werden kann und für welches die PTT eine generelle Bewilligung nach Art. 179 quinquies Abs. 2 StGB erteilt hat⁵⁷⁾. Gestützt auf die Zustimmung des Abonnenten und die Bewilligung der PTT wird die Abhörmassnahme in der Praxis durchgeführt, ohne dass dafür nach Art. 179 octies StGB um die Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer⁵⁸⁾ ersucht wird⁵⁹⁾.

56) Im Jahre 1981 wurde dem Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen das Gesuch um Genehmigung einer solchen Abhörmassnahme gestellt. Er ist darauf nicht eingetreten mit der Begründung, bereits die Einwilligung des Abonnenten zusammen mit der von der PTT erteilten Bewilligung schliesse die Rechtswidrigkeit dieses Vorgehens aus; eine Genehmigung sei daher nicht erforderlich. Vgl. die Zusammenstellung vorne auf S. 24 ff.

57) Vgl. Schreiben der Generaldirektion PTT vom 18. Juni 1975 an die Polizeikommandanten der Kantone Bern und Zürich; persönliche Auskunft des Präsidenten der st. gallischen Anklagekammer, lic. iur. G. Morger.

58) Vgl. vorne S. 20 ff.

24) Vgl. oben Anm. 56.

b) Problematik

Problematisch ist das oben beschriebene Vorgehen unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten, dem der Zustimmung des Abonnenten ⁶⁰⁾ und dem der Bewilligung der PTT ⁶¹⁾.

aa) Zustimmung des Abonnenten

Auszugehen ist für die folgenden Ueberlegungen vom Tatbestand in den Art. 179 bis und ter StGB. Gegen Eingriffe in ihre Privat- oder Geheimsphäre geschützt werden sämtliche an einem nichtöffentlichen Gespräch Beteiligten, soweit sie nicht in die Abhörung und Aufnahme des Gespräches eingewilligt haben ⁶²⁾. Bei einem Telefongespräch umfasst der Schutzbereich von Art. 179 bis und ter StGB also nicht nur den Angerufenen, sondern selbstverständlich auch den Anrufer. Das Einverständnis in die Abhörung und Aufnahme des Gespräches vermag daher den Tatbestand nur auszuschliessen, wenn es für beide Teilnehmer vorliegt.

Die vorstehend dargestellte Praxis lässt es nun regelmässig genügen, wenn lediglich der Abonnent des Anschlusses, der gleichzeitig Opfer der mittels Telefon verübten Tat ist, sein Einverständnis erteilt. Diese Zustimmung aber wirkt nur für den Angerufenen, nicht auch für den Anrufer ⁶³⁾.

60) Vgl. nachstehend a).

61) Vgl. nachstehend b).

62) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 110; Rehberg, Grundriss Strafrecht III, S. 128 ff.

63) Die Zustimmung findet an der Persönlichkeit des Verletzten ihre natürliche Grenze; vgl. Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 167.

Die gestützt auf das einseitige Einverständnis des Abonnenten durchgeführte Abhörmassnahme bleibt daher nach Art. 179 bis und ter StGB tatbestandsmässig und ist somit strafbar.

bb) Bewilligung der PTT

Art. 179 quinquies Abs. 2 StGB schliesst von der Strafbarkeit aus, wer ein Telefongespräch mittels einer von der PTT bewilligten Zusatzeinrichtung mithört und aufnimmt ⁶⁴⁾. Das Vorhandensein einer solchen Zusatzeinrichtung ist im Telefonbuch mit einem Symbol (P) gekennzeichnet. Ruft nun jemand einen auf diese Weise erkenntlich gemachten Anschluss an, so muss er damit rechnen, dass das Gespräch aufgenommen wird, und er erteilt stillschweigend die Zustimmung zur Aufnahme seiner Aeusserungen ⁶⁵⁾.

Massgebend für den Wegfall der Strafbarkeit des Abhörens und Aufnehmens von Telefongesprächen mittels einer von der PTT bewilligten Zusatzeinrichtung ist also, dass jeder Anrufer durch das Symbol im Telefonbuch über die Möglichkeit der Aufnahme orientiert ist. Nur so kann er stillschweigend sein Einverständnis geben. Fehlt das Symbol, so mangelt es auch an der stillschweigenden Zustimmung.

64) Vgl. BGE 100 IV 49 ff. sowie die Darstellungen dieser Bestimmung bei Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht III, S. 131 f.; Schubarth, Kommentar zu Art. 179 quinquies StGB.

65) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 104 f. und 109.

Die Praxis nimmt darauf keine Rücksicht. In den Fällen, in denen ein Aufnahmegerät auf die beschriebene Weise zum Einsatz gelangt, wird nämlich selbstverständlich kein solches Symbol im Telefonbuch angebracht ⁶⁶⁾. Die Bewilligung der PTT aber kann das fehlende Einverständnis zum Abhören und Aufnehmen eines Telefongespräches nicht ersetzen, solange das Vorhandensein des Aufnahmegerätes aus dem Telefonbuch nicht hervorgeht. Das Abhören und Aufnehmen der entsprechenden Telefongespräche bleibt daher trotz Bewilligung der PTT strafbar.

c) Situation de lege lata

Die Zustimmung zum Abhören und Aufnehmen von nichtöffentlichen Gesprächen bewirkt mithin nur in jenen Fällen den Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit, in denen sie - ausdrücklich oder stillschweigend ⁶⁷⁾ - für sämtliche am Gespräch Beteiligten vorliegt. Hat bei der Ueberwachung von Telefongesprächen lediglich der Abonnent oder Angerufene sein Einverständnis erteilt, bleibt das praktizierte Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden daher unzulässig.

Rechtmässig kann die Ueberwachung eines Telefons auch mit Zustimmung des Abonnenten - aber ohne Vermerk im Telefonbuch - demzufolge nur erfolgen, wenn sie nach dem Verfahren von Art. 179 octies StGB in Verbindung mit 114 ff. StP bzw. 50 bis f. PG durchgeführt wird, namentlich also der Präsident der Anklagekammer die Ueberwachung genehmigt ⁶⁸⁾.

a

66) Dies ist wegen der zeitlichen Dringlichkeit in aller Regel auch nicht möglich.

67) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 109.

68) Vgl. vorne S. 20 ff.

III. Wahrnehmung berechtigter Interessen

1. Wesen

Ein Verhalten soll dann rechtmässig sein, wenn es notwendiges und angemessenes Mittel zur Erreichung eines berechtigten Zweckes ist ⁶⁹⁾. Dieser Rechtfertigungsgrund wird in Lehre ⁷⁰⁾ und Praxis ⁷¹⁾ allgemein anerkannt, umfasst jedoch in einer derart weiten Formulierung praktisch alle gesetzlichen und übergesetzlichen Rechtfertigungsgründe ⁷²⁾. Es ist daher notwendig, die Voraussetzungen für dessen Anwendung exakt zu umschreiben ⁷³⁾.

a) Objektive Merkmale

Der Anwendungsbereich dieses Rechtfertigungsgrundes wird in besonders starkem Masse durch den Grundsatz der Proportiona-

69) Vgl. Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 185;
Germann, Das Verbrechen, S. 213 f.

70) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 144; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 113 ff.; Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 171 f.; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 208 f.; Lenckner, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?, S. 243 ff.

71) Vgl. BGE 82 IV 18, 94 IV 70 f.; ZR 1977 Bd. 76, S. 255; SJZ 1981 Bd. 77, S. 270; unveröffentlichtes Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juli 1984 i.S. H.E. betr. Drohung gegen Behörden und Beamte etc.

72) Vgl. Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 185. Darin liegt auch die Problematik dieses Rechtfertigungsgrundes. Man ist versucht, ihn überall dort heranzuziehen, wo die Voraussetzungen zur Anwendung der anderen Rechtfertigungsgründe nicht erfüllt sind.

73) Vgl. nachstehend a und b.

lität eingeschränkt. Die Begehung der sonst strafbaren Handlung muss dem verfolgten Interesse gegenüber offenkundig weniger bedeutsam erscheinen. Fremde Rechtsgüter dürfen nur soweit verletzt werden, als es unbedingt notwendig ist. Es muss dazu ein angemessenes Mittel gewählt werden ⁷⁴⁾. Eine weitere Beschränkung ergibt sich aus dem Gebot der Subsidiarität, welches besagt, dass ein solches berechtigtes Interesse ⁷⁵⁾ das tatbestandsmässige Verhalten nur dann rechtfertigt, wenn es keinen anderen rechtmässigen Weg gibt, auf dem es sich wahren liesse ⁷⁶⁾.

b) Subjektive Merkmale

Der Täter muss mit dem Willen handeln, die Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter abzuwehren und im Wissen darum, dass die objektiven Voraussetzungen ⁷⁷⁾ für die Rechtmässigkeit seines Vorgehens erfüllt sind.

74) So Schultz, Allgemeiner Teil I, S. 171 f.; Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 209. Vgl. aber die weniger strikte Handhabung des Proportionalitätsgrundsatzes in der Rechtsprechung des Zürcher Obergerichtes in ZR 1973 Bd. 72, S. 280 und 1977 Bd. 76, S. 255.

75) Es kommt als Schutzobjekt jedes private oder im Unterschied zu Notwehr und Notstand (vgl. vorne S. 160 und 166) auch öffentliche Interesse in Betracht; vgl. Stratenwerth, ebenda.

76) Vgl. Stratenwerth, ebenda; BGE 94 IV 70 f.

77) Vgl. vorstehend a.

2. Praktische Bedeutung

In einem Urteil vom 2. Juli 1984 hatte die Strafkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen einen Fall zu beurteilen, in welchem ein Polizeibeamter bei sich zu Hause anonyme Anrufe eines Bekannten auf Tonband festgehalten hatte. Der Anrufer hat den Beamten am Telefon massiv bedroht und beschimpft. Die Tonbandaufnahme ermöglichte die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Anrufer und dessen Verurteilung. Die Strafkammer hat sich dabei auf den Standpunkt gestellt, der Angerufene könne sich bei seinem Vorgehen zwar nicht auf Notwehr berufen, er habe jedoch in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt ⁷⁸⁾.

Fraglich ist im beurteilten Fall in erster Linie, ob dem Opfer einer strafbaren Handlung grundsätzlich ein schutzwürdiges, berechtigtes Interesse an der strafrechtlichen Verfolgung des Täters zuzubilligen ist. Wenn auch dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen heute vorab für die Gebiete der Kunst, Wissenschaft und Presse Bedeutung zugemessen wird ⁷⁹⁾, so ist dessen Anwendung auf

78) Vgl. unveröffentlichtes Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 2. Juli 1984 i.S. H.E. betr. Drohung gegen Behörden und Beamte etc. Erni, a.a.O., S. 172 f., qualifiziert dieses Vorgehen als Notstandshandlung. Wenn auch eine gewisse Ähnlichkeit zu einer Notstandssituation nicht verneint werden kann, so übersieht der Autor doch, dass es beim Notstand ausschliesslich um die Abwehr akuter Gefahr gehen kann; vgl. vorne S. 165 ff. Die Sicherung von Beweisen für ein bevorstehendes Verfahren aber vermag eben gerade nicht der Abwehr des gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden Angriffes zu dienen; vgl. hinten S. 179 f.

79) Vgl. Hauser/Rehberg, Grundriss Strafrecht I, S. 145; Noll, Allgemeiner Teil I, S. 113 ff.; derselbe, Rechtfertigungsgründe, S. 187 ff.

andere Bereiche dennoch keineswegs ausgeschlossen⁸⁰⁾. Zu fordern ist jedoch, dass es bei dem in Frage stehenden tatbeständlichen Verhalten nicht um die Abwehr akuter Gefahren geht⁸¹⁾, sondern ein erwünschtes oder gebilligtes Resultat erst noch erreicht werden soll⁸²⁾. Diese Forderung ist im oben angeführten Beispiel erfüllt: Mit der Aufnahme kann sich das Opfer den Angriffen des Anrufers zwar nicht erwehren, es erreicht aber, dass die Tat verfolgt wird. Damit verschafft es sich selbst Genugtuung und vermag in der Regel zu verhindern, dass der Anrufer erneut in ähnlicher Weise tätig wird. Dieses Interesse des Opfers ist daher ohne weiteres als berechtigtes Interesse im Sinne obiger Umschreibung zu bezeichnen⁸³⁾. Da im beurteilten Fall die Aufzeichnung der Telefongespräche der einzige Weg war, die strafrechtliche Verfolgung des Anrufers zu sichern⁸⁴⁾, ist auch das Erfordernis der Subsidiarität der getroffenen Massnahme erfüllt. In bezug auf die Proportionalität hat die Strafkammer m.E. zu Recht festgestellt, dass das Interesse des Opfers an der strafrechtlichen Verfolgung des Anrufers

80) Vgl. BGE 82 IV 18 f.

81) Solche Fälle werden von den Bestimmungen über die Notwehr und den Notstand erfasst. Vgl. vorne S. 159 ff.

82) Vgl. Stratenwerth, Allgemeiner Teil I, S. 208 f.

83) So auch die Strafkammer des Kantonsgerichtes St. Gallen auf S. 18 der Urteilsbegründung; vgl. vorne S. 178, Anm. 78.

84) Die Anrufe erfolgten völlig unvermittelt, und es bestand wegen der zeitlichen Dringlichkeit keine Möglichkeit, eine Abhörverfügung des Untersuchungsrichters zu erwirken. Zudem musste das Opfer davon ausgehen, der Angreifer werde alles bestreiten, und Zeugen waren keine vorhanden; vgl. S. 18 der Urteilsbegründung.

dem Interesse des letzteren an der Beachtung seiner Persönlichkeitsrechte nicht durchwegs vorgehen kann. Zu verlangen ist vielmehr, dass die in Frage stehende Straftat eine gewisse Schwere aufweist⁸⁵⁾. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss nach den Umständen des konkreten Falles entschieden werden⁸⁶⁾.

Ein Opfer verbaler Angriffe⁸⁷⁾ kann sich also für das Festhalten dieser Angriffe zum Zwecke der strafrechtlichen Verfolgung des Täters auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen und wird straffrei bleiben müssen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen dazu im konkreten Fall erfüllt sind.

Eine gewisse praktische Bedeutung könnte der Rechtfertigung wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen auch zukommen, wenn seitens der Presse in den Privat- oder Geheimbereich bestimmter Personen eingedrungen wird⁸⁸⁾. Ob in solchen Fällen eine Tat nach Art. 179 bis und ter StGB gerechtfertigt ist, bestimmt sich ebenfalls nach den oben dargestellten strengen Grundsätzen, wird aber wohl nur ganz selten zu bejahen sein.

85) Vgl. S. 18 der Urteilsbegründung sowie vorne S. 178, Anm. 78.

86) Grösste Zurückhaltung bei der Bejahung der Proportionalität ist immerhin bei blossen Uebertretungen geboten; vgl. dazu auch vorne S. 48 ff.

87) Diese müssen nicht notwendigerweise telefonisch erfolgen.

88) Vgl. Metzger, a.a.O., S. 113 f.

2. TEIL: VERWENDUNG VON TONAUFNAHMEN IM STRAFVERFAHREN

Tonaufnahmen erfreuen sich in jüngerer Zeit im Verfahrensrecht steigender Beliebtheit. Sie dienen namentlich der Protokollierung von Einvernahmen und Gerichtsverhandlungen¹⁾, werden aber auch immer häufiger als Beweismittel ins Strafverfahren eingeführt. Die nachstehenden Betrachtungen sollen der Verwendung von Tonaufnahmen als Beweismittel im Strafverfahren gelten²⁾.

3. Kapitel: Tonaufnahmen als Beweismittel

1. Abschnitt: Grundsatz der offenen Zahl von Beweismitteln im st. gallischen Strafprozess

In Art. 54 bis 89 gibt die st. gallische Strafprozessordnung eine Aufzählung der Beweismittel im Strafverfahren³⁾. Tonaufnahmen werden vom Gesetz nicht erwähnt⁴⁾. Es stellt sich

1) Vgl. Gross/Geerts, a.a.O., S. 151; Mönkehaus, a.a.O., S. 155 ff. und 250 ff.; Pfenninger, Protokollierung, S. 149 ff.

2) Vgl. nachstehend 3. und 4. Kapitel.

3) Verhör des Angeschuldigten (Art. 63 ff.), Einvernahme von Zeugen (Art. 67 ff.), Einvernahme von Auskunftspersonen (Art. 73), Augenschein (Art. 77 ff.), Sachverständigengutachten (Art. 80 ff.), Vorstrafenbericht (Art. 87) und Führungsbericht (Art. 88).

4) Auch die übrigen schweizerischen Strafprozessgesetze lassen die Tonaufnahme als Beweismittel unerwähnt; vgl. Robert, Der Augenschein im Strafprozess, S. 44.

daher die Frage, ob eine Tonaufnahme dennoch ein zulässiges Beweismittel darstellen kann.

Diese Frage ist in Lehre und Praxis umstritten ⁵⁾. Es stehen sich zwei Ansichten gegenüber: Während sich die Anhänger der einen auf den Standpunkt stellen, die Aufzählung der Beweismittel im Gesetz sei abschliessend, sind andere der Meinung, es seien ausser den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen auch andere Beweismittel zulässig. Diese Kontroverse gilt es eingangs kurz darzustellen.

A. Kontroverse in Literatur und Rechtsprechung

In einem Entscheid vom 11. November 1971 ⁶⁾ hat das Aargauer Obergericht die Aktennotiz eines Arztes in einem Strafverfahren nicht als Beweismittel für den Geisteszustand des Täters gelten lassen. Zur Begründung führt es im wesentlichen an, die fragliche Aktennotiz sei kein in der Prozessordnung vorgesehenes Beweismittel. Da der Kreis der im Strafprozess zugelassenen Beweismittel ein geschlossener sei, könne die Aktennotiz als Beweismittel nicht in Frage kommen.

Dieser Entscheid des Aargauer Obergerichtes stützt sich auf die herrschende deutsche Lehrmeinung ⁷⁾, wonach die zu-

5) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 158 f.

6) Vgl. AGVE 1971, Nr. 45.

7) Vgl. Noll, Strafprozessrecht, S. 72; Schmidt, Deutsches Strafprozessrecht, S. 85; Mönkehaus, a.a.O., S. 55.

lässigen Beweismittel auf die im Gesetz aufgezählten beschränkt sind. Es wird damit der Grundsatz des *numerus clausus* der Beweismittel postuliert 8, 9).

In der Schweiz ist diese Meinung praktisch einhellig auf Ablehnung gestossen. Herrschende Lehre ¹⁰⁾ und Praxis ¹¹⁾ sind der Ansicht, es gelte das Prinzip der offenen Zahl der Beweismittel im Strafverfahren.

B. Grundsatz der offenen Zahl von Beweismitteln als Ausfluss des Prinzipes der freien Beweiswürdigung im Strafverfahren

Art. 249 der Bundesstrafprozessordnung hat folgenden Wortlaut:

Die entscheidende Behörde soll die Beweise frei würdigen; sie ist nicht an gesetzliche Beweisregeln gebunden.

8) Vgl. Noll, ebenda.

9) Eine ausführliche Darstellung, Begründung und Kritik dieser Lehrmeinung wird von Mönkehaus, a.a.O., S. 55 geboten.

10) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 158 f.; Mönkehaus, a.a.O., S. 55 ff.; Clerc, *Initiation à la justice pénale en Suisse*, I, S. 147; Schultz, *Rechtsprechung Obergericht*, S. 137; Aeppli, a.a.O., S. 218 f.; Pfenninger, *Tonband*, S. 282; Robert, a.a.O., S. 24 f.

11) Zürich (ZR 1958, Bd. 57, Nr. 134), Bern (ZBJV 1962, Bd. 98, S. 136), Basel (BJM 1966, S. 255 f.), Schwyz (SJZ 1967, Bd. 63, Nr. 9), Tessin (SJZ 1958, Bd. 54, Nr. 51). Neuenburg hat diesen Grundsatz gar ausdrücklich im Gesetz verankert (Art. 135 StPO).

Dieser Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt verbindlich auch für die Kantone, soweit sie Bundesstrafrecht anwenden¹²⁾. Der Kanton St. Gallen hat ihn überdies in Art. 167 Abs. 1 StP für sein Strafverfahren eigens festgehalten^{13,14)}.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung besagt in objektiver Hinsicht, dass der Richter sein Urteil unabhängig von der für eine bestimmte Tatsache sprechenden Zahl der Beweismittel zu treffen hat. Er hält ausserdem fest, dass einem Beweismittel nicht aufgrund seiner Form von vorneherein mehr Gewicht zukommt als einem andern¹⁵⁾. Subjektiv verpflichtet er den Richter, sich durch sorgfältige Ausschöpfung aller Aufklärungsmittel und mit Hilfe gewissenhaftester Prüfung der Sachlage Gewissheit über das Vorhandensein einer zu beweisenden Tatsache zu schaffen^{16, 17)}.

12) Vgl. BGE 84 IV 173 ff., 97 IV 232; Hauser, Strafprozessrecht, S. 148; Noll, Strafprozessrecht, S. 63.

13) Dies haben auch praktisch alle anderen Kantone getan: vgl. Hauser, ebenda; Noll, ebenda.

14) Selbständige Bedeutung kommt Art. 167 Abs. 1 StP wegen der umfassenden Geltung von Art. 249 BStP im Bereich der Anwendung des Bundesstrafrechtes nur in bezug auf das kantonale Uebertretungsstrafrecht zu.

15) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 146; Noll, Strafprozessrecht, S. 63; Lenherr, Die Auskunftsperson im schweizerischen Strafprozessrecht, S. 125.

16) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 147.

17) Etwas strenger ist mit einem Teil der deutschen Lehre Noll, Strafprozessrecht, S. 63 (mit Hinweisen). Nach ihm muss jede Annahme im Beweisverfahren objektiv begründet sein, d.h. so, dass jeder Dritte aus den Beweisgrundlagen dieselbe Ueberzeugung gewinnen kann wie der Richter.

Dem so verstandenen Grundsatz der freien Beweiswürdigung kommt auch Bedeutung zu für die Frage der Zulassung von Beweismitteln. Der Richter kann seiner Aufgabe im Rahmen der Beweiswürdigung nämlich nur nachkommen, wenn er grundsätzlich jedes Beweismittel gelten lässt, das ihm die Ueberzeugung vom Nachweis einer bestimmten Tatsache zu vermitteln vermag ¹⁸⁾. Dies hat zur Konsequenz, dass nur ausdrücklich verbotene oder in sinngemässer Anwendung gesetzlicher Verbote sich als unzulässig erweisende Beweismittel ausgeschlossen sind ¹⁹⁾. Die Aufzählung der Beweismittel im Gesetz kann daher nur exemplarisch, keinesfalls jedoch abschliessend sein ²⁰⁾.

Das st. gallische Recht schliesst Tonaufnahmen nicht ausdrücklich und generell von der Verwendung im Strafprozess aus. Nach dem Gesagten ist es daher grundsätzlich zulässig, Tonbandaufnahmen als Beweismittel in das Strafverfahren einzuführen ²¹⁾.

Davon ist - allerdings stillschweigend - auch der st. gallische Gesetzgeber ausgegangen, indem er schon in aArt. 114 StP ²²⁾ die Möglichkeit der Ueberwachung des Post-,

18) Vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 59 ff.

19) Vgl. Urteil des Zürcher Kassationsgerichtes vom 1. Oktober 1973, in SJZ 1974, Bd. 70, Nr. 23.

20) Vgl. Urteil des Zürcher Kassationsgerichtes vom 12. November 1957, in ZR 1958, Bd. 57, Nr. 134; Schultz, Rechtsprechung Obergericht, S. 137; Aeppli, a.a.O., S. 227; Pfenninger, a.a.O., S. 282.

21) Dieser Auffassung ist nun auch ausdrücklich die Strafkammer des St. Galler Kantonsgerichtes in ihrem unveröffentlichten Entscheid vom 2. Juli 1984 i.S. H.E. betreffend Drohung gegen Behörden und Beamte, etc.

22) Vgl. Art. 110 des regierungsrätlichen Gesetzesentwurfes vom 1. April 1953.

Telegramm- und Telefonverkehrs vorsah ²³⁾. Dies war ja nur unter der Voraussetzung sinnvoll, dass die auf Tonträgern festgehaltenen Ergebnisse der Ueberwachung auch der Urteilsfindung dienen und als Beweismittel im Strafprozess Verwendung finden konnten ²⁴⁾. Das gleiche gilt in bezug auf die revidierte Strafprozessordnung, welche in den Art. 114 bis 114g die Ueberwachung des Post-, Telefon- und Telegrafverkehrs auf eine den bundesrechtlichen Minimalerfordernissen gerecht werdende gesetzliche Grundlage stellt und neu auch den Einsatz von technischen Ueberwachungsgeräten ausserhalb des Post-, Telefon- und Telegrafverkehrs erlaubt ^{25, 26)}.

C. Tonaufnahmen als Objekte des Augenscheins

Auch bei jenem Teil der Lehre, der die Zulässigkeit von Tonaufnahmen als Beweismittel im Strafprozess bejaht, besteht Uneinigkeit darüber, welcher Kategorie von Beweismitteln die Tonaufnahme zuzuordnen ist. Man unterscheidet zwischen Personen- und Sachbeweis, wobei letzterer als Urkunde und Augenscheinsobjekt vorkommt ²⁷⁾.

23) Vgl. ABl vom 17. April 1953, S. 349 und 393.

24) Vgl. auch Art. 36 der st. gallischen Gerichtsordnung vom 10. September 1982 (sGS 963.2), welche Bestimmung den Gerichten zur Unterstützung und Ergänzung der Protokollierung die Verwendung von Aufzeichnungsgeräten ermöglicht.

25) Vgl. III. Nachtragsgesetz zum Gesetz über die Strafrechtspflege vom 17. Juni 1982.

26) Vgl. dazu vorne S. 20 ff.

27) Vgl. Noll, Strafprozessrecht, S. 64; Hauser, Strafprozessrecht, S. 161; Robert, a.a.O., S. 23.

Eine Minderheit sieht in der Tonaufnahme eine Art der Urkunde²⁸⁾. Gemäss einer anderen Lehrmeinung stellt sie zwar keine Urkunde im eigentlichen Sinn dar, ist aber in analoger Anwendung der entsprechenden strafprozessualen Regeln wie eine solche zu behandeln²⁹⁾. Nach herrschender Lehre schliesslich, welche m.E. überzeugend und richtig begründet wird, ist die Tonaufnahme immer Objekt eines Augenscheins.

Augenschein ist "die vom erkennenden Richter durchgeführte Beweisaufnahme, welche sich auf die Existenz, Qualität und Lage von solchen Objekten bezieht, die nicht ausschliesslich dem Fachkundigen relevante Wahrnehmungen gestatten"³⁰⁾.

28) Die Befürworter dieser Lehrmeinung halten dafür, dass nicht nur die Schrift, sondern eben auch die Tonaufnahme ein Mittel zur Fixierung des gedanklichen Inhaltes einer Aeusserung ist und sie damit als Urkunde zu gelten hat. Ausführliche Darstellung bei Mönkehaus, a.a.O., S. 66; für den Zivilprozess Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 332.

29) Dieser Ansicht ist mit einlässlicher Begründung Mönkehaus, a.a.O., S. 69 ff. Nach ihm kommt einer Tonaufnahme deshalb niemals Urkundenqualität zu, weil eine Urkunde per definitionem ein "verlesbares Schriftstück ist, das einen in Worten zum Ausdruck gebrachten, aus sich heraus verständlichen Gedanken enthält" (S. 70). Da jedoch eine Tonaufnahme wie eine Urkunde Gedankenäusserungen festhalte und lediglich eine neuartige Methode zur Verfolgung des gleichen Zweckes sei, rechtfertige sich eine der Urkunde analoge Behandlung der Tonaufnahme (S. 82 f.). Etwas differenzierter, aber inhaltlich im wesentlichen gleich: Robert, a.a.O., S. 44 ff.

30) Vgl. Robert, a.a.O., S. 27.

Die Wahrnehmung am Objekt des Augenscheins kann über alle fünf Sinne erfolgen ³¹⁾.

Wenn auch nicht zu übersehen ist, dass die Tonaufnahme mit der Urkunde in der Regel ³²⁾ in bezug auf die Wiedergabe eines Gedankeninhaltes eine bedeutende Gemeinsamkeit aufweist, so sind die beiden Beweismittel dennoch zu verschiedenen, als dass sie den selben prozessualen Regelungen unterworfen werden könnten. Allein die Tatsache, dass sie gegebenenfalls den gleichen Zweck - eben die Reproduktion einer menschlichen Gedankenäußerung - zu erfüllen vermögen, rechtfertigt noch nicht deren Einordnung in die gleiche Kategorie der Beweismittel. Sonst müsste ja auch etwa die Fotografie eines Werbeplakates als Urkunde betrachtet werden. Auch sie hält nämlich einen nach aussen kund gewordenen menschlichen Gedanken fest. Was Fotografien betrifft, ist indessen völlig unbestritten, dass sie Augenscheinsobjekte darstellen ³³⁾. Das gleiche muss für Tonaufnahmen gelten. Sie speichern und geben Geräusche wieder, die zwar in gewissen Fällen - etwa bei der Aufnahme eines Gespräches - einen

31) Vgl. Robert, a.a.O., S. 42; Hauser, Strafprozessrecht, S. 180.

32) Eine Tonaufnahme muss nicht zwangsläufig die Äußerung eines menschlichen Gedankens wiedergeben, sondern die mittels Tonaufnahme zu beweisende Tatsache kann irgend ein hörbares Geräusch ohne jeden gedanklichen Inhalt sein.

33) Anstelle vieler vgl. Robert, a.a.O., S. 44; Hauser Strafprozessrecht, S. 181.

menschlichen Gedanken verkörpern können, in anderen Fällen aber mit einer menschlichen Gedankenäusserung absolut nichts zu tun haben. Dies trifft z.B. auf den Laut eines Tieres, den Lärm eines vorbeifahrenden Zuges oder den Knall einer Schusswaffe zu. Dass die Tonaufnahme nun, je nach dem, ob sie gedankliche Inhalte oder andere Geräusche wiedergibt, als Urkunde gelten ³⁴⁾ bzw. analog zur Urkunde behandelt werden soll ³⁵⁾ oder eben als Augenscheinsobjekt ³⁶⁾, hätte in der Praxis jedoch völlig unannehmbare Konsequenzen. Es sind sogar Fälle vorstellbar, in denen nach dieser Lehrmeinung ein und dieselbe Tonaufnahme sowohl Urkunde als auch Augenscheinsobjekt ist. Die von Robert und Mönkehaus ³⁷⁾ vertretene Ansicht, wonach eine Tonaufnahme je nach Inhalt eine Art Beweismittel sui generis mit einer der Urkunde analogen Behandlung oder ein Augenscheinsobjekt darstellt, ist daher als unpraktikabel abzulehnen.

Eine Tonaufnahme ist vielmehr - übrigens im Einklang mit der herrschenden deutschen Lehre ³⁸⁾ - regelmässig als Augenscheinsobjekt zu betrachten ³⁹⁾. Der oben erwähnte Begriff des Augenscheins ist ja so weit, dass von ihm sämtliche vorstellbaren Inhalte einer Tonaufnahme erfasst werden und nicht für einzelne mögliche Inhalte die speziellere und unpassende Form der Urkunde bemüht werden muss.

34) Vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 66.

35) So Mönkehaus, a.a.O., S. 69; Robert, a.a.O., S. 45.

36) Vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 70.

37) Vgl. die vorstehenden Zitatstellen.

38) Vgl. Noll, Strafprozessrecht, S. 72; Robert, a.a.O., S. 44; Kern/Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 135 f.; Mönkehaus, a.a.O., S. 67.

39) So auch Hauser, Strafprozessrecht, S. 181; kritisch Noll, ebenda; für den Zivilprozess Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, § 169, N. 5.

2. Abschnitt: Beweiswert von Tonaufnahmen

Kein Beweismittel ist absolut zuverlässig. So können Urkunden gefälscht, Zeugen beeinflusst, Augenscheinsobjekte wie etwa Fotografien verändert werden ¹⁾. Auch Tonaufnahmen unterliegen selbstverständlich der Möglichkeit der Fälschung.

Tonaufnahmen können geschnitten, überspielt und ganz oder teilweise gelöscht werden. Sie sind damit nachträglichen Manipulationen leichter zugänglich als z.B. Urkunden ²⁾. Trotzdem handelt es sich dabei nicht um a priori "minderwertige" Beweismittel. Die Fälschung einer Tonaufnahme ist nämlich ein technisch recht anspruchsvolles Unterfangen und kann mit Hilfe des sog. Voice-Print-Verfahrens auch unschwer nachgewiesen werden ³⁾. So hat jede Stimme ihre dem kriminalistischen Fachmann erkennbaren Eigenheiten. Oft verrät sich eine Fälschung zudem auch durch einen veränderten akustischen Hintergrund ⁴⁾.

Im st. gallischen Verfahrensrecht gilt das Verbot der antizipierten Beweiswürdigung ⁵⁾, welches die Ablehnung einer

1) Vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 32 ff.; BJM 1966, S. 256.

2) Vgl. Aeppli, a.a.O., S. 219; Mönkehaus, a.a.O., S. 44; Hauser, Strafprozessrecht, S. 181.

3) Dieses Verfahren erlaubt es, auf dem Wege des Stimmenvergleiches Schnittstellen oder die Identität von Stimmen festzustellen; vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 28 ff.; ZBJV 1962 Bd. 98, S. 135 f.

4) Vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 47.

5) Vgl. Art. 3 Abs. 1 StP i.V.m. 178 ZP sowie Lutz, a.a.O., N. 3 zu Art. 178 ZP. Es verbietet die Nichtabnahme von Beweisen mit der Begründung, der betreffende Beweis werde voraussichtlich die Ueberzeugung des Richters nicht ändern können.

Tonaufnahme als Beweismittel untersagt, wenn nicht feststeht, dass die Aufnahme gefälscht ist ⁶⁾. Eine Tonaufnahme ist daher regelmässig als Beweismittel zuzulassen ⁷⁾. Der Richter ist jedoch im Rahmen der freien Beweiswürdigung berechtigt und verpflichtet, die Aufnahme auf deren Zuverlässigkeit hin zu überprüfen ⁸⁾ und deren Wert für die Bildung der richterlichen Ueberzeugung zu gewichten. Auszugehen hat er dabei - wie bei jedem anderen Beweismittel - von der Vermutung, dass die Tonaufnahme unverfälscht ist ⁹⁾. Hat der Richter Zweifel an der Echtheit des Beweismittels, ordnet er eine Expertise an ¹⁰⁾. Kommt er auch ohne Gutachten, aber aufgrund sachlicher Anhaltspunkte, zur Ueberzeugung, die Aufnahme sei gefälscht, lässt er sie unberücksichtigt.

6) Vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 49 f.

7) Vgl. Graven, L'emploi du magnétophone dans la procédure pénale, in ZStrR 1958 Bd. 73, S. 361 ff.

8) Vgl. Art. 167 Abs. 1 StP sowie vorne S. 184.

9) Das Vorliegen einer Fälschung ist wie bei den übrigen Beweismitteln als Ausnahmefall zu betrachten: vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 53.

10) Vgl. vorne S. 190, Anm. 3.

4. Kapitel: Verwertbarkeit als Beweismittel

1. Abschnitt: Verwertbarkeit rechtmässig hergestellter Tonaufnahmen

Die Tonaufnahme eines Gespräches durch Strafverfolgungsbehörden oder Private ist dann rechtmässig erlangt, wenn bei deren Herstellung nicht gegen die Verbote von Art. 179 bis und ter StGB verstossen wurde ¹⁾ oder dafür ein Rechtfertigungsgrund bestand ²⁾. Auf diese Weise gewonnene Aufnahmen können im Strafverfahren ohne weiteres verwertet werden ³⁾.

Die Verwendung auch rechtmässig hergestellter Tonaufnahmen ist hingegen selbstverständlich ausgeschlossen, soweit sie dem Angeschuldigten nicht zur Kenntnis gebracht worden sind und er nicht Gelegenheit hatte, sich dazu zu äussern. Ein solches Vorgehen wäre als Verweigerung des rechtlichen Gehörs zu qualifizieren ⁴⁾.

1) Vgl. Art. 179 quinquies StGB sowie vorne S. 169 ff.

2) Vgl. vorne S. 8.

3) Vgl. Mönkehaus, a.a.O., S. 196 f.

4) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 54.

2. Abschnitt: Verwertbarkeit sog. Zufallsfunde ¹⁾

A. Problematik

Sie soll anhand eines Beispiels dargelegt werden:

X steht in dringendem Verdacht, zusammen mit mehreren Mittätern an einigen kürzlich verübten Raubüberfällen teilgenommen zu haben. Der zuständige Untersuchungsrichter ordnet die Ueberwachung des Telefons von X an, und der Präsident der Anklagekammer erteilt die notwendige Genehmigung. Die Ueberwachungsmassnahme ergibt keinerlei Hinweise auf die Teilnahme von X an den Raubüberfällen. In einem der abgehörten Telefongespräche verabredet sich jedoch X mit Y auf den nächsten Abend im Stadtpark, um diesem 100 Gramm Heroin zu übergeben.

Angeordnet und genehmigt wurde die Ueberwachung, weil X im Verdacht stand, mehrere Raubüberfälle begangen zu haben. Sowohl die Anordnungsverfügung des Untersuchungsrichters ²⁾ als auch der Genehmigungsentscheid des Präsidenten der Anklagekammer ³⁾ bezogen sich auf den Raubverdacht. Die Ueberwachungsmassnahme hatte nicht zum Ziel, X der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu überführen. Der entsprechende Hinweis ist ein reiner Zufallsfund. Was soll nun damit geschehen? Darf der Hinweis von den Strafverfolgungsbehörden verwendet werden, obwohl er nicht Gegenstand der Ueberwachung und damit auch nicht durch die Verfügungen des Untersuchungsrichters und des Präsidenten der Anklagekammer gedeckt war? Oder muss er als rechtswidrig erlangtes Beweismittel gelten und unberücksichtigt bleiben ⁴⁾?

..A

1) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 207.

2) Vgl. vorne S. 77 ff.

3) Vgl. vorne S. 85 ff.

4) Vgl. hinten S. 198 ff.

B. Regelung in den Verfahrensgesetzen anderer Kantone

Einige wenige Gesetzgeber anderer Kantone haben das Problem erkannt und es mit der Schaffung einer speziellen Vorschrift ⁵⁾ geregelt. Diese Bestimmungen sehen vor, dass Ergebnisse genehmigter Ueberwachungsmassnahmen, die mit dem abzuklärenden Sachverhalt in keiner Beziehung stehen, aber auf die Begehung einer anderen Straftat hindeuten, verwendet werden dürfen, wenn bezüglich dieser Tat die Voraussetzungen zur Ueberwachung ebenfalls erfüllt sind ⁶⁾.

Ganz unbedenklich erscheint diese Lösung indessen nicht. Zwar wird die Erlaubnis zur Verwertung von Zufallsfunden nur erteilt, wenn in diesen Fällen die Erfordernisse zur Anordnung einer Ueberwachungsmassnahme ebenfalls gegeben sind. Eine richterliche Kontrolle über das Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen existiert jedoch nicht. Es fragt sich daher, ob dieses Verfahren zur Verwertung von Zufallsfunden den Anforderungen von Art. 179 octies StGB in Verbindung mit Art. 32 StGB ⁷⁾ zu genügen vermag ⁸⁾.

C. Rechtslage im Kanton St. Gallen

I. Situation de lege lata

Dem st. gallischen Recht fehlt eine Bestimmung wie sie die Verfahrensgesetze der Kantone ZH, UR, NW und AR kennen.

5) ZH (§ 104 d Abs. 3 StPO), UR (Art. 135 StPO), NW (§ 65 e StPO) und AR (Art. 129 StPO); vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 207.

6) Die Bestimmungen stimmen inhaltlich alle überein.

7) Vgl. vorne S. 20 ff.

8) Vgl. nachstehend C.

Der Gesetzgeber hat das Problem der Zufallsfunde bei der Schaffung von Art. 114 ff. StP offenbar übersehen ⁹⁾.

In rechtlicher Hinsicht präsentiert sich die Lage im Kanton St. Gallen daher wie folgt: Von der untersuchungsrichterlichen Verfügung und der Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer erfasst ist nur der Bereich des ursprünglich verfolgten Delikts ¹⁰⁾. Die Ueberwachungsmassnahme ist deshalb begrenzt durch die richterliche Genehmigung und darf in persönlicher, sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über die Genehmigung hinausgehen ¹¹⁾. Wenn die Ueberwachung nun Resultate hervorbringt, die ausserhalb des von der Genehmigung erfassten Bereiches liegen, so wird dadurch zwar nicht die Ueberwachungsmassnahme unrechtmässig ¹²⁾. Für die Verwertung der entsprechenden Ergebnisse aber sind die Voraussetzungen von Art. 179 octies StGB nicht erfüllt. Mit anderen Worten: Der Einsatz des Fahndungsmittels bleibt gerechtfertigt; nicht von der Rechtfertigung erfasst ist

9) Vgl. Protokolle der grossrätlichen Kommission vom 13. Januar und 19. April 1982 sowie Protokolle des Grossen Rates des Kantons St. Gallen vom 24. März, 3. und 5. Mai 1982.

10) Die Situation ist die gleiche, wenn sich im Laufe einer Ueberwachungsmassnahme herausstellt, dass nicht die in der Verfügung bezeichnete Person delinquent, sondern eine bisher nicht verdächtige Drittperson, die den überwachten Anschluss ebenfalls benützt, der Straftäter ist.

11) Vgl. vorne S. 87 ff.

12) Die Voraussetzungen zu deren Anordnung und Genehmigung waren ja gegeben.

lediglich das Fahndungsergebnis ¹³⁾. Um letzteres trotzdem als rechtmässiges Beweismittel verwerten zu können, darf sich der Untersuchungsrichter nicht damit begnügen, dass allenfalls die Voraussetzungen für die Ueberwachung auch in bezug auf die neu entdeckte Straftat erfüllt sind. Er muss diese Frage vielmehr nach Art. 179 octies StGB dem Richter zur Prüfung vorlegen.

Sobald der Untersuchungsrichter bei der Durchführung der Ueberwachung einen sog. Zufallsfund macht, hat er demzufolge seine ursprüngliche Verfügung auf den Bereich der neuen Straftat auszuweiten und sie dem Präsidenten der Anklagekammer zur Genehmigung zu unterbreiten ¹⁴⁾. Wird die Genehmigung erteilt, kann die entsprechende Aufnahme ohne weiteres als Beweismittel verwertet werden ¹⁵⁾. Selbstverständlich erstreckt sich dann auch die Mitteilungspflicht

13) Hier könnte man einwenden, dass bei Ueberwachungs-massnahmen praktisch immer auch Gespräche abgehört werden, die mit dem Zweck der Ueberwachung nichts zu tun haben, z.B. ein Gespräch mit dem Bäcker oder Metzger. Auch jene Aufnahmen aber seien nicht unrechtmässig erfolgt. Dem ist entgegenzuhalten, dass es hier nur um die Frage der Verwertung der Aufnahme geht, nicht um deren Herstellung. Belanglose Aufnahmen aber werden kraft besonderer Anordnung in Art. 114f StP vernichtet. In bezug auf solche Aufnahmen stellt sich das Problem der Verwertung also gar nicht.

14) Vgl. vorne S. 87 f.

15) Auf keinen Fall angänglich ist es, in Anwendung der gesetzlichen Lösung anderer Kantone auf die Genehmigung zu verzichten (vgl. vorne S. 194). Die analoge Anwendung ausserkantonalen Rechts kommt schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht in Frage. Es ist darüber hinaus zweifelhaft, ob jene Vorschriften den bundesrechtlichen Anforderungen von Art. 179 octies StGB genügen.

der Behörden ¹⁶⁾ und das Beschwerderecht des Betroffenen ¹⁷⁾ auf die nun um den Zufallsfund erweiterte Ueberwachungsverfügung.

II. Postulate de lege ferenda

Obwohl sich auch de lege lata eine befriedigende Lösung des Problems der Zufallsfunde ergibt, sollte auf die Schaffung einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz nicht verzichtet werden. Allenfalls auftretende Unklarheiten über das korrekte Vorgehen in solchen Fällen könnten damit vermieden werden.

Eine gesetzliche Bestimmung zur Verwertung von Zufallsfunden sollte sich dabei an die oben skizzierte Lösung anlehnen ¹⁸⁾. Nur sie bietet Gewähr dafür, dass den bundesrechtlichen Anforderungen von Art. 179 octies StGB Genüge getan wird. Die skizzierte Lösung anderer Kantone hingegen lässt diesbezüglich begründete Zweifel zu, wenn sie auch als einfachere Regelung unbestreitbare Vorteile aufweist ¹⁹⁾.

Immerhin kann zur hier vertretenen Ansicht festgestellt werden, dass sie die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden nicht erschwert. Zufallsfunde dürfen verwertet werden. Zum Schutz des Bürgers hält sie aber auch für diese unverhofft aufgetauchten Beweismittel an der bundesrechtlich vorgeschriebenen Kontrolle durch den Richter fest.

16) Vgl. vorne S. 99 ff.

17) Vgl. vorne S. 113 ff.

18) Vgl. vorstehend I.

19) Vgl. vorne S. 194. Das Genehmigungsverfahren vor dem Präsidenten der Anklagekammer entfällt.

3. Abschnitt: Verwertbarkeit unrechtmässig hergestellter Tonaufnahmen

A. Problematik

Im Rahmen einer Ueberwachungsmassnahme werden wichtige Verfahrensvorschriften verletzt; der Untersuchungsrichter "vergisst" im Eifer des Gefechts, die Genehmigung des Präsidenten der Anklagekammer einzuholen. Dürfen im Zuge dieser Massnahmen bespielte Tonbänder von Telefongesprächen des Angeeschuldigten im Prozess gegen ihn dennoch verwendet werden? Wie steht es mit der Tonaufnahme, die eine Privatperson, ohne dass dafür ein Rechtfertigungsgrund bestanden hätte, von Gesprächen seines Nachbarn im hellhörigen Mehrfamilienhaus angefertigt und dabei ein Delikt entdeckt hat? Kann die Aufnahme in einem Strafverfahren gegen den Nachbarn zur Verwertung gelangen?

Diese Fragen sind nicht ohne weiteres mit ja oder nein zu beantworten. Verschiedene sich widerstrebende Interessen stehen einander gegenüber: Im Rechtsstaat gilt das unbedingte Gebot der Rechtmässigkeit und Justizförmigkeit des Vorgehens der Strafverfolgungsbehörden. Verstossen Beamte gegen dieses Gebot, so sollte ihr Verhalten nicht dadurch gebilligt werden, dass auf diese Weise erlangte Beweismittel trotzdem ins Strafverfahren eingeführt werden. Die konsequente Anwendung dieses Grundsatzes zwänge nun aber zum Schluss, dass z.B. der aufgrund einer formell mangelhaft angeordneten Ueberwachungsmassnahme überführte Mörder freigesprochen werden müsste. Dieses Ergebnis muss als stossend empfunden werden. Andererseits wiederum könnte eine Erhebung von Beweismaterial um jeden Preis Interessen des Ueberwachten verletzen, die höher stehen als das Interesse der

Gemeinschaft an der Aufklärung einer Straftat ¹⁾.

Lehre und Praxis haben - seit der Jahrhundertwende ²⁾ und in jüngerer Zeit wieder vermehrt - versucht, den Widerstreit dieser Interessen zu lösen und die daraus entstehende Problematik einer sachgerechten Regelung zuzuführen. Diese Bemühungen sollen nachfolgend kurz dargestellt werden ³⁾.

B. Beweisverbote

Beweisverbote setzen Grenzen für die Beschaffung und Verwendung von Beweisen ⁴⁾. Sie lassen sich nach ihrer Stossrichtung unterteilen in Beweiserhebungs- ⁵⁾ und Beweisverwertungsverbote ⁶⁾.

Als Adressaten von Beweisverboten kommen nicht nur staatliche Organe, sondern auch Privatpersonen in Frage ^{7, 8)}.

1) Vgl. Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess, S. 1 ff.; Hauser Strafprozessrecht, S. 162; Walder, Beweismittel, S. 36 ff.; SJZ 1975 Bd. 71, S. 62; Pr 1983 Nr. 275.

2) Die grundlegende und ausserordentlich geistreiche Schrift von Beling, zit. in vorstehender Anm. 1, ist 1903 erschienen.

3) Vgl. nachstehend B.

4) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 162.

5) Vgl. nachstehend I.

6) Vgl. nachstehend II.

7) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 165; SJZ 1981 Bd. 77, S. 132; Pr 1983 Nr. 275.

8) Anderer Auffassung ist die herrschende deutsche Lehre. Nach ihr richten sich Beweisverwertungsverbote wegen der fehlenden Drittwirkung der Grundrechte nur an staatliche Organe; vgl. die ausführliche Darstellung dieser Lehre bei Mönkehaus, a.a.O., S. 221 ff.

I. Beweiserhebungsverbote

Die Beweiserhebungsverbote erscheinen in drei verschiedenen Ausprägungen ⁹⁾: Das Beweisthemaverbot untersagt, einen bestimmten Sachverhalt zum Beweisthema zu erheben ¹⁰⁾. Das Beweismethodenverbot verbietet die Anwendung gewisser Methoden zur Erlangung eines Beweises ¹¹⁾. Das Beweismittelverbot schliesslich spricht sich gegen die Benützung eines bestimmten Beweismittels aus ¹²⁾.

Verstösse gegen Beweiserhebungsverbote bewirken zwar die Unrechtmässigkeit des entsprechenden Beweises. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der Beweis nicht dennoch verwertet werden darf ¹³⁾.

II. Beweisverwertungsverbot

Das Beweisverwertungsverbot untersagt die Verwertung gewisser unrechtmässig erlangter Beweise ¹⁴⁾. Unrechtmässig erlangt ist ein Beweis dann, wenn bei seiner Herstellung Be-

9) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 162 f.; Mönkehaus, a.a.O., S. 209.

10) Z.B. die Wahrheit einer üblen Nachrede im Falle von Art. 173 Ziff. 3 StGB.

11) Z.B. die Anwendung von Zwangsmitteln, um den Angeeschuldigten zu einem Geständnis zu bewegen (Art. 63 Abs. 2 StP).

12) Z.B. die Einvernahme von Zeugen, die von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen (Art. 68 f. StP).

13) Vgl. nachstehend II. sowie Mönkehaus, a.a.O., S. 242 f.

14) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 163; Hutzli, Die verfassungsmässigen Schranken im einzelstaatlichen Strafprozessrecht, S. 226.

weiserhebungsverbote missachtet wurden ¹⁵⁾. Im vorliegenden Zusammenhang ist dies der Fall, wenn ungerechtfertigt Gespräche abgehört und aufgenommen wurden, namentlich staatliche Organe Verfahrensvorschriften für Ueberwachungsmassnahmen verletzt haben ¹⁶⁾ oder Private in ihrem Vorgehen nicht durch Rechtfertigungsgründe gedeckt sind ¹⁷⁾.

Wie erwähnt ¹⁸⁾, bewirkt nun aber nicht jeder Verstoss gegen Beweiserhebungsverbote, dass der betreffende Beweis auch unter das Beweisverwertungsverbot fällt. Die Frage, ob dies in einer konkreten Situation der Fall sein soll oder nicht, ist oft schwer zu entscheiden. Rechtsprechung und Lehre haben jedoch in jüngerer Zeit Kriterien entwickelt, die als Entscheidungshilfen dienen sollen. Die wichtigsten dieser Kriterien werden nachfolgend im Ueberblick kurz dargestellt ¹⁹⁾.

15) Vgl. vorstehend I.

16) Vgl. vorne S. 20 ff. und S. 122 ff. Die nachstehenden Ausführungen betreffen nur die Frage der Verwertbarkeit von Beweisen, die u.a. von staatlichen Behörden unter Verletzung von Verfahrensvorschriften erhoben worden sind. Die haftpflicht-, straf- und disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit der betreffenden Beamten wird von dieser Frage nicht berührt und bleibt selbstverständlich trotz allfälliger Verwertbarkeit des Beweises bestehen.

17) Vgl. vorne S. 159 ff.

18) Vgl. vorstehend I.

19) Vgl. nachstehend I.

1. Schweizerische Lehre und Rechtsprechung

a) Grundsatz der Interessenabwägung

Den Grundsatz einer an der Kasuistik orientierten Interessenabwägung im Einzelfall hat Walder ²⁰⁾ geprägt. Nach ihm ist von Fall zu Fall abzuwägen, ob die Rechtsverletzung so schwerwiegend ist, dass das illegal gewonnene Beweismittel unverwertbar bleiben muss. Der Entscheid über die Unverwertbarkeit ist durch Gewichtung aller auf dem Spiel stehenden Interessen zu treffen ²¹⁾.

Nach dieser Lehre darf ein unrechtmässig erlangter Beweis also verwertet werden, wenn das Interesse der Strafverfolgung überwiegt und andere Interessen - insbesondere jene des durch das unrechtmässige Vorgehen Verletzten - demgegenüber in den Hintergrund treten. In dieser allgemeinen Form wird der Grundsatz der Interessenabwägung dem Praktiker oft keine grosse Hilfe beim zu treffenden Entscheid sein. Bei der Gewichtung der in Frage stehenden Interessen sollen daher im Einzelfall u.a. folgende Kriterien zur Anwendung kommen ²²⁾:

aa) Verletzung einer blossen Ordnungsvorschrift

Wenn lediglich eine Ordnungsvorschrift verletzt wird, und die Unrechtmässigkeit nicht in der Missachtung eines wich-

20) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 48 ff.

21) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 58 ff.

22) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 43 ff.

tigen strafprozessualen Prinzipes besteht, soll der so gewonnene Beweis verwertet werden dürfen^{23, 24)}.

Ob es sich bei einer Bestimmung um eine Ordnungs- oder Gültigkeitsvorschrift handelt, geht in den seltensten Fällen aus ihr selbst hervor²⁵⁾. Es bleibt deshalb der Praxis überlassen, den Charakter der Vorschrift zu bestimmen²⁶⁾. Generell lässt sich sagen, dass Vorschriften, die weder bestimmt noch geeignet sind, die Beibringung eines Beweismittels zu verhindern, als blosse Ordnungsvorschriften gelten können²⁷⁾. Darunter fallen etwa Bestimmungen, welche die Einhaltung gewisser Fristen regeln. Im Zweifel muss indessen wohl davon ausgegangen werden, dass eine Bestimmung Gültigkeits- und nicht blosse Ordnungsvorschrift ist.

23) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 43 f.; Hauser, Strafprozessrecht, S. 163; BGE 96 I 441; SJZ 1975 Bd. 71, S. 62 f.

Negativ ist damit aber m.E. noch nicht gesagt, dass die Verletzung eines wichtigen strafprozessualen Prinzipes in jedem Fall die Verwertung des Beweises verbietet.

24) Im Gegensatz zur Ansicht von Walder (vgl. vorstehende Anm. 23) wird in der vorliegenden Arbeit die Ansicht vertreten, dass die Verletzung einer blossen Ordnungsvorschrift noch nicht die Rechtswidrigkeit eines Beweismittels bewirkt (vgl. vorne S. 82 Anm. 264, S. 85 Anm. 277, S. 91 Anm. 312, S. 93 und S. 119. Das Problem der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel stellt sich in diesen Fällen also gar nicht.

25) Vgl. aber z.B. Art. 70 Abs. 2 StP, welche Bestimmung ausdrücklich als Gültigkeitsvorschrift gekennzeichnet ist.

26) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 120 f.

27) Vgl. BGE 96 I 441; Frautschi, Rechtswidrig erlangte Täteridentifikation und Verfassungsrecht, in SJZ 1985 Bd. 81, S. 41 f.

bb) Willensmängel

Aussagen von Zeugen oder Angeschuldigten, die mit Willensmängeln behaftet sind, dürfen nicht verwertet werden ²⁸⁾. Willensmängel beim Aussagenden können entstehen durch Drohung, Zwang und täuschendes Verhalten des Vernehmenden oder auch als Folge ganzer oder teilweiser Urteilsunfähigkeit ²⁹⁾.

cc) Entlastungsbeweis

Die Rechtsprechung lehnt es ab, Beweise zur Verwertung zuzulassen, beideren Beschaffung gegen unveräusserliche Persönlichkeitsrechte des Angeschuldigten verstossen wurde ³⁰⁾. Auch solche Beweise sollten hingegen verwertet werden können, soweit sie die Unschuld eines Verdächtigen zu belegen vermögen ³¹⁾.

dd) Gesetzmässige Alternative

Ein unrechtmässig erlangter Beweis, der auch auf legalem Weg hätte gewonnen werden können, darf im Strafverfahren

28) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 163 f.; Metzger, a.a.O., S. 140 f.; Walder, Beweismittel, S. 49 ff.

29) So etwa, wenn ein Angeschuldigter in stark betrunkenem Zustand Aussagen macht.

30) Darunter fällt z.B. die sog. Narkoanalyse; vgl. Pr 1983 Nr. 275; BGE 96 I 441; SJZ 1959 Bd. 55, S. 330 ff. und 1975 Bd. 71, S. 62 f.; Hauser, Probleme, S. 126 ff.

31) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 49; Noll, Strafprozessrecht, S. 65.

Verwendung finden^{32, 33)}. Bei der Prüfung der Frage, ob eine gesetzeskonforme Möglichkeit zur Erhebung des betreffenden Beweises bestanden hätte, fallen bloss äussere Schwierigkeiten im konkreten Fall ausser Betracht³⁴⁾.

ee) Beweisnotstand

Die Verwertung eines unrechtmässig erlangten Beweises soll zulässig sein, wenn sich eine Privatperson als Opfer, das den Beweis für eine strafbare Handlung erbringen will, in einem Beweisnotstand befunden hat³⁵⁾.

b) Grundsatz der gesetzmässigen Alternative

In der Rechtsprechung wird ein Beweisverbot immer dann angenommen, wenn der vorschriftswidrig erlangte Beweis auf

32) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 56 ff.; Pr 1983 Nr. 275; BGE 96 I 441; GVP 1977 Nr. 35.

33) Die Einvernahme eines Zeugen, dem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, darf nicht verwertet werden, wenn der Zeuge erst nachträglich von seinem Verweigerungsrecht erfährt und dieses dann geltend macht. Die Zeugenaussage hätte legal nicht beigebracht werden können. Vgl. Walder, Beweismittel, S. 54 f.

34) Vgl. GVP 1977 Nr. 35. Die von einem dafür unzuständigen Polizisten angeordnete Blutprobe darf z.B. im Prozess als Beweis gegen den angetrunkenen Autofahrer verwertet werden, selbst wenn der für die Anordnung allein zuständige Untersuchungsrichter im konkreten Fall unerreichbar gewesen wäre. Abgesehen von diesem rein äusseren Hindernis nämlich wäre eine Blutprobe in einem ähnlichen Fall ohne weiteres auf legalem Weg erhältlich gewesen.

35) Vgl. Walder, Beweismittel, S. 48; Metzger, a.a.O., S. 143 f.

gesetzeskonformem Weg nicht hätte gewonnen werden können³⁶⁾.

Dieser Grundsatz wird regelmässig auf die Lehre von Walder gestützt³⁷⁾. Dabei wird aber übersehen, dass bei Walder der Grundsatz der gesetzmässigen Alternative lediglich ein Kriterium unter vielen ist, welche der Abwägung der verschiedenen sich gegenüber stehenden Interessen dienen. Das betreffende Kriterium stellt einen Fall dar, in dem die Verletzung von Interessen des Angeschuldigten nicht so schwer wiegt, weil diese Interessen bei Einschlagung des gesetzmässigen Weges gleichwohl in den Hintergrund treten müssten. Die Rechtsprechung aber nimmt den Grundsatz der gesetzmässigen Alternative als Ausgangspunkt für ihre Ueberlegungen und lässt andere Kriterien meist unbeachtet³⁸⁾.

c) Grundsatz der Wertung nach dem Schutzgedanken der verletzten Norm

Nach Hauser³⁹⁾ fallen all jene Beweise unter das Beweisverbot, die unter Verletzung von Vorschriften erhoben wurden, deren Funktion darin besteht, ein richtiges und ge-

36) Vgl. BGE 96 I 440 f.; SJZ 1981 Bd. 77, S. 131 f. und 1975 Bd. 71, S. 62 f.; GVP 1977 Nr. 35; un veröffentlichter Entscheid der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 10. August 1983 i.S. W.W. betr. Rechtsverweigerungsbeschwerde.

37) Vgl. vorstehend a).

38) Eine Ausnahme scheint nun das jüngste Urteil des Bundesgerichtes in Pr 1983 Nr. 275 zu machen. Es knüpft exakter als die bisherige Rechtsprechung an die Lehre von Walder an und nimmt die Interessenabwägung nicht mehr nur unter dem Aspekt des Vorhandenseins einer gesetzmässigen Alternative vor. Anders noch BGE 103 Ia 216 f., 99 V 15 und 96 I 441.

39) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 163 f.

rechtes Urteil zu bewirken⁴⁰⁾. Der Verstoss gegen Bestimmungen, die lediglich der äusseren Ordnung des Verfahrens dienen, soll hingegen der Verwertung des Beweises im Verfahren nicht entgegenstehen⁴¹⁾.

2. Kritik an Lehre und Rechtsprechung

Die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Regeln zur Bestimmung eines Beweisverbotes werden heute allgemein als unbefriedigend empfunden⁴²⁾. Tatsächlich weisen die vorstehend wiedergegebenen Grundsätze⁴³⁾ in der praktischen Anwendung z.T. erhebliche Mängel auf.

Die Abwägung sämtlicher auf dem Spiel stehender Interessen⁴⁴⁾ etwa vermag zwar wohl vom Grundsatz her allen Situationen gerecht zu werden. Im Einzelfall aber wird sich oft das Problem stellen, welchen Interessen vor anderen der Vorrang zu geben und welches Gewicht den einzelnen Interessen beizumessen ist. Es besteht z.B. die Gefahr, dass sich die

40) So gefährdet z.B. die Anwendung von Folter den Wahrheitsgehalt der erzwungenen Aussage; vgl. auch Walder, Beweismittel, S. 52.

41) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 164. Ergibt die vorschriftswidrige Untersuchung einer Frau durch einen männlichen Polizeibeamten (Art. 115 Abs. 1 StP), dass diese den gestohlenen Diamanten in einer Körperöffnung versteckt hatte, so darf der Beweis verwertet werden. Der Wahrheitsgehalt des Beweises ist nicht gefährdet.

42) Vgl. Peter, Geheimsphäre, S. 311; Hauser, Strafprozessrecht, S. 163; Hutzli, a.a.O., S. 227.

43) Vgl. vorne S. 202 ff.

44) Vgl. vorne S. 202.

Interessen der Strafverfolgung gegenüber jenen des Schutzes der Bürgerrechte tendenziell zu stark durchzusetzen vermögen. Der Grundsatz der Interessenabwägung wäre aber nicht geeignet, einer solchen Entwicklung einen Riegel zu schieben, da er sich veränderten Wertvorstellungen ohne weiteres anpasst und auch einer Gefährdung rechtsstaatlicher Errungenschaften u.U. nicht im Weg steht.

Was den Grundsatz der gesetzmässigen Alternative betrifft⁴⁵⁾, so scheint er auf das im Strafverfahren so bedeutende Prinzip der Legalität staatlichen Handelns am wirkungsvollsten Rücksicht zu nehmen. Oft erweist sich dieser Gesichtspunkt jedoch als zu formell. Im Falle eines durch Folter erzwungenen Geständnisses etwa muss wohl eingeräumt werden, dass es auch auf gesetzmässige Weise hätte erlangt werden können⁴⁶⁾. Es kann jedoch kein Zweifel bestehen, dass ein solches Geständnis unter ein absolutes Beweisverbot fallen müsste.

Die Wertung der verletzten Norm unter dem Aspekt des ihr zugrunde liegenden Schutzgedankens⁴⁷⁾ schliesslich führt auch nicht in allen Fällen zu befriedigenden Ergebnissen. Oft wird in der Praxis schon zweifelhaft sein, ob die Funktion einer bestimmten Vorschrift darin besteht, die mate-

45) Vgl. vorne S. 205 f.

46) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 163.

47) Vgl. vorne S. 206 f.

rielle Wahrheit der Beweisführung sicherzustellen. Hinzu kommt, dass die Anwendung dieses Grundsatzes nicht verhindert, dass gesetzwidriges Vorgehen von Strafverfolgungsorganen mit der Verwertung eines Beweises honoriert wird, der legal nie hätte erlangt werden können.

3. Zweistufiges Vorgehen in der Praxis

Die Entwicklung neuer, überzeugender Grundsätze zum Problem der Verwertung rechtswidrigerlangter Beweise im Strafverfahren sprengt den Rahmen dieser Arbeit bei weitem. Es soll hingegen aufgrund der in Lehre und Rechtsprechung bereits entwickelten Prinzipien nachfolgend ein Verfahren für die Praxis vorgeschlagen werden, welches einfach zu handhaben ist und in den meisten Fällen die Erzielung befriedigender Resultate ermöglicht.

a) Vorhandensein einer gesetzmässigen Alternative

Der einem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt soll im Interesse der materiellen Wahrheit möglichst umfassend durch Beweise gesichert sein. Zur Erhebung dieser Beweise müssen den Strafverfolgungsbehörden Zwangsmittel zur Verfügung stehen, welche in die Freiheit des einzelnen eingreifen. Nur so ist gewährleistet, dass Beweise auch gegen den Willen des Beweisträgers beschafft werden können. Zum Schutz des Bürgers ist nun aber erforderlich, dass Zwangsmassnahmen u.a. auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage beruhen ⁴⁸⁾.

48) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 184 f.; Noll, Strafprozessrecht, S. 73.

In einem ersten Schritt ist daher immer zu prüfen, ob der rechtswidrig erlangte Beweis auch auf gesetzmässigem Weg hätte erlangt werden können ⁴⁹⁾. Wenn schon im konkreten Fall gegen Vorschriften verstossen würde, die das Verfahren im Interesse des Bürgers reglementieren, so muss zumindest feststehen, dass das gleiche Resultat auch legal hätte erzielt werden können. Ist dies der Fall, so erscheint das gesetzwidrige Vorgehen im Einzelfall in der Regel nicht derart stossend, dass auf die Verwertung des Beweises verzichtet werden müsste.

b) Keine Gefährdung des Wahrheitsgehaltes

Wie erwähnt ⁵⁰⁾, bietet die Anwendung obiger Regel für sich allein genommen noch keine Gewähr für den Wahrheitsgehalt des rechtswidrig erlangten Beweises. Wenn nicht schon die Prüfung der ersten Frage ergibt, dass keine gesetzmässige Alternative bestanden hätte und der Beweis deshalb keine Verwendung finden darf ⁵¹⁾, so muss in einem zweiten Schritt untersucht werden, ob im konkreten Fall keine Gefährdung für den Wahrheitsgehalt des Beweises besteht ⁵²⁾. Eine solche

49) Vgl. Pr 1983 Nr. 275; BGE 96 I 440 f., 99 V 15, 103 Ia 216 f.; SJZ 1981 Bd. 77, S. 131 f. und 1975 Bd. 71, S. 62 f.; GVP 1977 Nr. 35.

50) Vgl. vorne S. 208.

51) Das Vernehmungsprotokoll eines Zeugen etwa, dem das Recht zur Verweigerung der Aussage zusteht, der aber nicht darauf aufmerksam gemacht wurde, darf, wenn er sich nachträglich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, schon nach Prüfung der ersten Frage nicht zur Verwertung zugelassen werden; vgl. Walder, Beweismittel, S. 54 f.

52) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 163 f.; Walder, Beweismittel, S. 52 ff.

ist immer dann zu vermuten, wenn eine Aussage unter Zwang, Drohung oder Täuschung zustandegekommen ist oder der Aussagende ganz oder zum Teil urteilsunfähig war⁵³⁾. Die Vermutung kann jedoch umgestossen werden. Wiegt die den Wahrheitsgehalt des Beweises grundsätzlich gefährdende Tatsache so leicht, dass unter den gegebenen Umständen des konkreten Falles eine inhaltliche Beeinflussung ausgeschlossen werden kann, so darf der Beweis verwertet werden⁵⁴⁾. Bleibt die Vermutung bestehen, ist eine Verwertung ausgeschlossen.

4. Frage der Fernwirkung des Beweisverbotes

Die Frage, ob nur gerade der unrechtmässig erlangte Beweis selbst, oder aber auch daraus hervorgehende weitere Beweise unter das Beweisverbot fallen und nicht verwertet werden dürfen, ist umstritten⁵⁵⁾.

53) Vgl. vorne S. 204 und 206 f.

54) Droht ein Privater dem vermeintlichen Täter mit einer Strafanzeige für den Fall, dass er kein schriftliches Geständnis ablegt, so darf dieses Geständnis im Strafverfahren m.E. verwertet werden. Die Drohung würde ihr Ziel ja verfehlen, wenn der Täter nicht schuldig wäre. Die Umstände lassen also darauf schliessen, dass der Wahrheitsgehalt des Geständnisses nicht beeinträchtigt ist. Vgl. Walder, Beweismittel, S. 49.

Problematischer ist der Fall, wenn z.B. einem Inhaftierten ein Zellengenosse beigegeben wird, der ihn zu einem Geständnis bewegen soll, welches dann abgehört und aufgenommen wird. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Angeschuldigte dem Spitzel gegenüber mit der Tat nur rennomieren will und das Geständnis falsch ist. Vgl. Walder, Vernehmung, S. 169.

55) Es gesteht z.B. ein Angeschuldigter unter Folter, wo er die Leiche seines Opfers vergraben hat. Das Geständnis darf eindeutig nicht verwertet werden. Kann aber die Leiche als Indiz für die Schuld des Verdächtigen Verwendung finden?

Die amerikanische "fruit of the poisonous tree doctrine" bejaht diese sog. Fernwirkung der Beweisverbote uneingeschränkt ⁵⁶⁾. Herrschende Lehre und Praxis in der Schweiz neigen nicht zu einer derart extremen Lösung, die dazu führen könnte, dass ein unzweifelhaft Schuldiger allenfalls freigesprochen werden müsste ⁵⁷⁾. Nach ihr besteht bei der Verwertung solcher mittelbar erlangter Beweise keine Gefahr, dass der wahre Sachverhalt verfälscht wird ⁵⁸⁾. Ihre Verwertung soll daher zulässig sein ⁵⁹⁾.

5. Folgen

Beweisstücke, die einem Beweisverwertungsverbot unterliegen, sind aus den Akten zu entfernen ⁶⁰⁾.

56) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 166; Hutzli, a.a.O., S. 226 und 232 f.; Mönkehaus, a.a.O., S. 246 f.; Noll, Strafprozessrecht, S. 65.

57) Vgl. Hauser, Strafprozessrecht, S. 165; Metzger, a.a.O., S. 144; Peter, Geheimsphäre, S. 311; SJZ 1981 Bd. 77, S. 132; StenB StR 1978 S. 300. Sympathien für die amerikanische Regelung hegen Hutzli, a.a.O., S. 233 und Noll, Strafprozessrecht, S. 65.

58) Vgl. Hauser, ebenda.

59) Eine differenzierte Lösung vertritt Mönkehaus, a.a.O., S. 250: Ein aufgrund eines rechtswidrig erlangten Beweises neu entdecktes Beweismittel fällt nur dann unter das Beweisverbot, wenn die Strafverfolgungsbehörden ohne die Rechtsverletzung nicht auf seine Spur gekommen wären. Bestand oder Nichtbestand eines Kausalitätsverhältnisses soll also über die Fernwirkung entscheiden.

60) Vgl. StenB StR 1978 S. 299.

Lebenslauf

Ich bin am 23. März 1957 als Sohn von Leo und Anna Staub-Riedi in Luzern geboren und habe in St. Gallen und Gossau (SG) die Primarschule besucht. Anschliessend absolvierte ich die Kantonsschule St. Gallen, welche ich 1976 mit der Matura Typ E (Wirtschaftsgymnasium) abschloss. Nach einem Auslandsaufenthalt begann ich 1977 mit dem juristischen Studium an der Universität Zürich und beendete dieses im Dezember 1981 mit dem Lizentiat. Seit November 1981 bin ich am Bezirksgericht Rorschach tätig, bis Ende 1982 als Auditor, seit anfangs 1983 als Gerichtsschreiber. Im Sommer 1983 erfolgte der Erwerb des st. gallischen Anwalts-patentes. Am 4. Dezember 1985 promovierte ich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Doktor der Rechtswissenschaft.

Gossau/Goldach, im Dezember 1985

Der Verfasser

